

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del *Ius Cogens*  
*superveniens* como causa de terminación de tratados**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Pascal Peña Pérez**

Directora

**Jacqueline Hellman Moreno**

**Madrid, 2017**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE  
MADRID



FUNDACIÓN  
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

DOCTORADO EN DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

**LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE CUMPLIMIENTO DEL *IUS COGENS SUPERVENIENS*  
COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS**

Doctorando

**PASCAL PEÑA PÉREZ**

Directora de la Tesis

Dra. Jacqueline Hellman Moreno  
Univerisdad Europea de Madrid

Madrid, 2015

*A Dios: por ser mi sostén. Gracias por no permitir que las desventuras fuesen otra cosa que solo una muestra más de tu inmerecido amor hacia mí. A ti sea la Gloria.*

*A ti, papi: esto es tuyo. Hoy te doy gracias por amarme y educarme como lo hiciste. Soy lo que soy por ti y mami. Me enorgullezco de ser tu hijo; de no solo compartir el mismo nombre, sino llevarlo con honor; hoy entiendo lo que sentías por tu “yimboncito”.  
¡Aunque no pudiste verla, aquí te la entrego! Te adoro.*

*A ti, mi Gigio: eres mi mayor bendición. Por ti, cada paso que doy, lo hago con firmeza. Espero que en el futuro esto te sirva de ejemplo y te motive a nunca renunciar a tus sueños, a luchar sin descanso, pero sobre todo a procurar ser siempre la mejor versión de ti mismo. Tú eres mi motor inspirador y el que me hace ser cada día mi mejor versión. Por esto y más, simplemente “te amo como a nadie, sospeché que yo amaría, yo te amo veinticuatro horas al día”.*

*A ti, mami: por todo tu amor y sacrificios para conmigo y Rodrigo. No hay amor más puro y entrega más grande que la tuya hacia nosotros. Te amo, no lo olvides nunca.*

*A mi familia y amigos: por vivir conmigo este proceso que inició en el 2006 como una meta académica y se convirtió en una montaña rusa de emociones que hoy concluye su trayecto siendo la meta personal más importante*

*A mis estudiantes pasados, presentes y futuros: Luchen por sus metas y no dejen que la mentalidad jurídica tradicional les impida ver más allá. Como expreso en “Las 14 Normas de Comportamiento” de mis clases, espero que este trabajo les “cause un voraz interés en realizar un APORTE y contribuir a hacer la diferencia en esta sociedad conformista y acostumbrada a vegetar en una patológica mediocridad intelectual, carente de compromiso social.”*

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Prof. Soledad Torrecuadrada: por ser mi ángel en la tierra, por confiar en mí y apoyarme siempre. Usted ha vivido conmigo mis altas y bajas, siendo constante su apoyo incondicional. No tendré nunca palabras para agradecerle, pero mi amistad eterna y aprecio sincero procurarán compensarle.

A mi directora de tesis, Jaqueline Hellman: por tu sacrificio y entrega, por tu admirable dedicación, empeño y talento; por tus llamadas de atención, pero también por tus palabras de aliento. Sin duda, este documento no sería lo que hoy es sin ti. Gracias infinitas.

A todos aquellos que han estado conmigo en este arduo y largo proceso. Gracias por darle amor y poner su ADN en esta tesis.

**INDICE**

	<u>Pág.</u>
<b>Abstract</b>	IX
<b>Resumen</b>	XIV
<b>ABREVIATURAS</b>	XIX
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1

**CAPÍTULO I**  
**DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL TÉRMINO *TRATADOS* Y SU INTERACCIÓN CON  
LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA CVDT**

I.	DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL TÉRMINO “TRATADOS” EN EL DERECHO INTERNACIONAL	8
1.	Instrumentos jurídicos considerados “Tratados” conforme al Derecho Internacional	9
A.	Características que debe poseer una norma para ser considerada “Tratado” conforme el Derecho Internacional	17
2.	Otros Instrumentos que no pueden ser considerados “Tratados” conforme al Derecho Internacional	19
II.	EL ALCANCE NORMATIVO DEL <i>IUS COGENS</i> PARA REGULAR TRATADOS, OTROS ACUERDOS NO COMPRENDIDOS EN LA CVDT Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN	21
1.	La Carta ONU y su relación con el <i>ius cogens</i> : ¿una posible excepción a la jerarquía normativa de las normas imperativas?	22
2.	El control de las normas imperativas a los Actos Jurídicos Unilaterales y los Hechos Jurídicos	26
A.	Los Actos Jurídicos Unilaterales y su relación con el <i>ius cogens</i>	26
B.	Los Hechos Jurídicos y su relación con el <i>ius cogens</i>	30
III.	LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS <i>IUS COGENS</i> , LOS TRATADOS, OTROS ACUERDOS NO COMPRENDIDOS EN LA CVDT Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO INTERNO: DEL IDEALISMO A LA PRÁCTICA	32
1.	La Recepción de las Normas de <i>ius cogens</i> , los Tratados y Otras Actuaciones vistas desde la Óptica del Derecho Internacional	33
2.	La Recepción de las Normas de <i>ius cogens</i> , los Tratados y Otras Actuaciones vistas desde la Práctica Estatal: ¿un monismo soberano o un dualismo imperativo?	36

**CAPÍTULO II**  
**DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS**  
**NORMAS DE *IUS COGENS* EN SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO**  
**INTERNACIONAL**

I.	DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL TÉRMINO “ <i>IUS COGENS</i> ” EN EL DERECHO INTERNACIONAL	46
1.	El Origen Embrionario del <i>Ius Cogens</i> y su Codificación en los artículos 53 y 64 de la CVDT	50
2.	La Tríada Cognitiva del <i>Ius Cogens</i> en la Jurisprudencia Internacional Pre y Post CVDT	59
A.	Reconocimiento de la existencia de normas con carácter fundamental, imperativo o <i>erga omnes</i> que no generan obligaciones o derechos específicos	60
B.	Reconocimiento de la competencia jurisdiccional para conocer y valorar las violaciones de normas imperativas cometidas en un territorio específico cuando se adopta un determinado instrumento legal vinculante	67
C.	Reconocimiento del <i>ius cogens</i> como causa de nulidad o terminación de un Tratado en el que no existe un elemento legal de vinculante aplicación	71
II.	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS NORMAS DE <i>IUS COGENS</i> EN EL DERECHO INTERNACIONAL	73
1.	CARACTERES GENERALES DE LAS NORMAS DE <i>IUS COGENS</i>	75
A.	Los aspectos tradicionales de las normas de <i>ius cogens</i>	77
i.	Nacen por consenso universal	77
a.	Los deberes fiduciarios como excepción al consenso requerido en materia de normas imperativas	80
b.	Diferencia conceptual entre el <i>ius cogens</i> universal y el <i>ius cogens</i> regional	83
ii.	Comportan obligaciones <i>erga omnes</i>	85
iii.	Son inderogables	89
B.	Los aspectos no expresos de las normas de <i>ius cogens</i>	92
i.	Las normas imperativas son favorablemente evolutivas	92
a.	Principio de favorabilidad de las normas imperativas	93
b.	Principio de progresividad y prohibición de regresividad de las normas imperativas	95
(i)	Evolucionan a través de una norma imperativa ulterior: se impone el cambio conforme al Derecho Internacional	99
(ii)	Evolucionan a través de un tratado multilateral: pueden ser transformadas por las partes, atendiendo al interés más favorable de la norma	100
ii.	Las normas imperativas son una herramienta de interpretación de los Tratados y de cualquier otra norma u actuación del Derecho Internacional y derecho interno	101

	<u>Pág.</u>
2. CARACTERES ESPECIALES DE LAS NORMAS DE <i>IUS COGENS</i>	106
A. La naturaleza tridimensional del <i>ius cogens</i> : no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación	107
i. Dimensión vertical del <i>ius cogens</i> : No tiene espacio limitado de actuación	107
ii. Dimensión horizontal del <i>ius cogens</i> : Es aplicable, sin excepción, a todos los actores de la comunidad internacional	108
a. Los Sujetos Típicos en el Derecho Internacional	108
(i) Los Estados	109
(ii) Las Organizaciones Internacionales	110
b. Los Sujetos atípicos en el Derecho Internacional	112
(i) Los Individuos	113
(ii) El Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas	117
iii. Dimensión transversal del <i>ius cogens</i> : No tienen tiempo limitado de actuación	119
B. La Superioridad Normativa del <i>ius cogens</i> frente a las demás fuentes del Derecho Internacional	122
A. La Superioridad Normativa del <i>ius cogens</i> frente a las demás fuentes del Derecho Internacional	122
B. La Superioridad Normativa del <i>ius cogens</i> frente a normas estatales	124

### CAPÍTULO III

#### LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DEL *IUS COGENS SUPERVENIENS* COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS

I. LA TERMINACIÓN DE TRATADOS Y SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	128
1. Diferencias entre la nulidad <i>ex tunc</i> y la nulidad <i>ex nunc</i>	
A. Nulidad <i>ex tunc</i>	129
B. Nulidad <i>ex nunc</i>	129
2. El carácter dual del <i>ius cogens superveniens</i> como causa de terminación	
A. El <i>ius cogens</i> es una causal extrínseca de terminación de los Tratados	131
B. ¿Podría ser considerado el <i>ius cogens</i> una causal intrínseca de terminación de Tratados?	132
i. El <i>ius cogens</i> como límite consuetudinario de la continuidad del Tratado	133
ii. El <i>ius cogens</i> como límite implícito de la continuidad del Tratado	134
II. LA ADECUACIÓN Y LA TERMINACIÓN DEL TRATADO COMO REACCIÓN DEL ESTADO AL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA	136
1. La adecuación del Tratado como <i>prima ratio</i>	137
A. Las técnicas de adecuación del Tratado	137
i. La adecuación del Tratado realizada a través de Tratados sucesivos: efectos <i>inter</i>	139

<i>ser</i>	<u>Pág.</u>
ii. La adecuación del Tratado realizada a través de su Enmienda: Efectos generales	141
iii. La adecuación del Tratado realizada a través de su Modificación: Efectos <i>inter se</i>	142
a. Las reservas y declaraciones como herramientas disfrazadas de modificación de Tratados	144
(i) Las reservas realizadas por Estados parte	145
(ii) Las reservas realizadas por terceros Estados	146
2. La terminación del Tratado como <i>ultima ratio</i> : Los principios generales de terminación aplicables al artículo 64 CVDT	148
A. El “fraccionamiento” del Tratado al aplicar el artículo 64 de la CVDT: Principio de Divisibilidad	152
B. Los efectos temporales de la terminación de los Tratados contrarios a normas de <i>ius cogens</i>	153
C. La no aplicación de la teoría de los derechos adquiridos cuando se termina un Tratado contrario a normas imperativas	156

#### **CAPÍTULO IV**

### **EL TEST DE VALORACIÓN DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT: EL CONTROL DE IMPERATIVIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTAS INTERPRETATIVAS PREVIAS A LA TERMINACIÓN DEL TRATADO**

I. ÓRGANOS COMPETENTES PARA DECLARAR LA TERMINACIÓN DE UN TRATADO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT	159
1. Órganos judiciales o arbitrales: la tesis de terminación de los Tratados a través de una decisión judicial	161
2. Órganos “administrativos”: la posibilidad de terminación a través de actos de órganos distintos a	163
A. La posibilidad de Terminación de Tratados realizada por Órganos de la Administración Pública estatal	164
B. La posibilidad de Terminación de Tratados realizada por Organizaciones Internacionales	165
i. Las recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas	165
ii. La repercusión de los actos de otras Organizaciones Internacionales	170
II. FÓRMULA DE IMPLEMENTACIÓN DEL TEST DE VALORACIÓN	170
1. El control de imperatividad de las normas	171
A. La exigibilidad activa y pasiva de las normas imperativas	171
i. La exigibilidad activa de las normas imperativas	172
ii. La exigibilidad pasiva de las normas imperativas	174
B. La justiciabilidad activa y pasiva de las normas imperativas	177
2. Control de Convencionalidad de las norma imperativas	178
A. Control de Convencionalidad aplicado por un tribunal estatal	181



i. Los tribunales constitucionales o tribunales con competencia constitucional	181
	<u>Pág.</u>
ii. Otros tribunales u órganos de la administración pública estatal	181
B. Control de Convencionalidad aplicado por un tribunal internacional	182
III. LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DEL TRATADO COMO GARANTÍA DE EFICACIA DURANTE SU PROCESO DE RECTIFICACIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT	185
1. Causas de suspensión automática	186
2. ¿Existe la posibilidad de terminar un Tratado durante su período de suspensión?	190
IV. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA Y PASIVA EN MATERIA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT	191
1. Legitimidad procesal activa de conformidad con el artículo 64 de la CVDT	192
A. La legitimidad procesal activa de los sujetos típicos del Derecho Internacional	193
i. La legitimidad procesal activa de los Estados afectados frente al Tratado	193
ii. La legitimidad procesal activa de terceros Estados ajenos al Tratado	195
a. Las diversas formas de participación de los terceros frente al artículo 64 de la CVDT	197
(i) La aplicación de la doctrina del tercero indispensable al artículo 64 de la CVDT	199
(ii) Beneficios o perjuicios concedidos por terceros Estados a través de un Tratado	200
(iii) Beneficios o perjuicios concedidos a terceros a través de una sentencia	201
(iv) La competencia de los tribunales frente a “denuncias” realizadas por terceros y su relación con las figuras de <i>amicus curiae</i> y coadyuvancia	202
B. La legitimidad procesal activa de los sujetos atípicos del Derecho Internacional	209
2. Legitimidad procesal pasiva de conformidad con artículo 64 de la CVDT	213
A. Los sujetos típicos de Derecho Internacional	213
B. Otros sujetos: Terceros al Tratado	214
3. Legitimidad procesal activa y pasiva frente a la sucesión de actores de Derecho Internacional y su interacción con un Tratado contrario al <i>ius cogens</i>	216

## CAPITULO V

### LA EJECUTORIEDAD DE LAS DECISIONES INTERNACIONAL DE TERMINACIÓN ANTE LA TERMINACIÓN DE TRATADOS CONTRARIOS A LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

I. LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS CON OCASIÓN AL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT	225
1. Formas en las que puede ejecutarse la sentencia de terminación	226
A. La Ejecución de la decisión de adecuación o terminación del Tratado por voluntad	226

propia

	<u>Pág.</u>
i. La aceptación expresa de la decisión	227
ii. El reconocimiento legislativo o constitucional de todas las sentencias internacionales	227
2. La ejecutoriedad automática vs. la ejecutoriedad condicionada	229
A. La idealista posibilidad de ejecutoriedad inmediata de la decisión	229
B. La dependencia funcional del artículo 64 de la CVDT a otros instrumentos jurídicos u ordenamientos para su operatividad	231
i. Los procedimientos estatales de reconocimiento de decisiones internacionales como condición para su ejecución interna	233
a. Perspectiva del Estado cuando solicita instrucciones y el tribunal ordena la terminación	236
b. Perspectiva del Estado cuando el tribunal NO ordena la terminación	238
c. Legalidad de algunas circunstancias internas que justifican el incumplimiento de una decisión internacional	239
ii. La posible participación de otros órganos estatales para garantizar la operatividad interna del <i>ius cogens</i>	240
a. El Poder Ejecutivo en ejercicio de su poder político	241
b. El Defensor del Pueblo (Ombudsman) en ejercicio de su limitado poder legal	242
iii. El <i>ius cogens</i> frente a los servidores públicos encargados de aplicar la decisión: el criterio de “buena administración”	242
3. La naturaleza de las obligaciones que pueden derivarse de una sentencia de terminación	245
A. Las obligaciones emanadas de una sentencia dictada en virtud del artículo 64 de la CVDT, ¿son Obligaciones de Medios o de Resultados?	245
B. Las obligaciones catalogadas por el tipo de satisfacción jurídica: sustantivo y económico	247
i. Obligaciones de Carácter Sustantivo	248
ii. Obligaciones de Carácter Económico	248
II. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES GENERADAS DE LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN DE UN TRATADO	250
1. Los Derechos derivados de las normas imperativas y de la sentencia de terminación	250
2. Las Obligaciones derivadas de las normas imperativas y de la sentencia de terminación	252
A. Obligaciones de Hacer	253
B. Obligaciones de No Hacer	258
III. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA SENTENCIA VISTA DESDE LA REALIDAD ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL	258
1. Las contramedidas como recurso coercitivo ante el incumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer derivadas de la decisión de terminación	258
A. Contramedidas implementadas por un tercer Estados ajeno al Tratado	261

	<i><u>Pág.</u></i>
B. El relevante papel desempeñado por el CSNU en materia de terminación de Tratados	263
2. La responsabilidad internacional generada por el incumplimiento de la sentencia de terminación	266
3. Los condicionamientos operantes del artículo 64 de la CVDT	269
<b>CONCLUSIONES</b>	272
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	XIX

## **ABSTRACT**

**ABSTRACT**

**The Supervening Impossibility of Performance of the *jus cogens superveniens* as a cause of  
Termination of Treaties**

By

PASCAL PEÑA PÉREZ

There have been few specific and specialized contributions about the relationship between imperative norms and Treaties. In particular, controversies concerning the *jus cogens superveniens* have mainly referred to the practical effect that this figure creates. However, article 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT) and other rules have emphasized, though scarcely, on how to terminate a Treaty when it contravenes the previously mentioned peremptory norms. The referred situation clarifies why the International Law Commission -in its Report of August of 2014- has devoted special attention to this issue.

Considering the above, our investigation -throughout five chapters- focuses on the crucial elements that make *operative* article 64 of the VCLT, as well as on the new criteria that must be contemplated on the field, which has been weakly approached thus far. Considering these facts, we tested, in a practical scenery, the corresponding positions according to the jurisprudential and doctrinal development -in the international and comparative scope- that exist to date on the referred subject.

Thus, we must point out that, firstly, we explored and analyzed decisions rendered by international and domestic courts that have referred to what we should understand by “Treaty” (Chapter I) in order to evaluate if other sources of International Law or any other acts not regulated by the VCLT can be subjected to article 64 of the VCLT.

Subsequently, we defined and characterized the *jus cogens* norms not only based on the definitions given by articles 53 and 64 of the VCLT, but also on the terms and notions given by doctrine and jurisprudence, before and after the entry into force of the VCLT. A preeminent input of this work is that it

has gathered three lineaments in accordance to the doctrinal and jurisprudential advancements in relation with the discussed subject. Primarily, we have determined that peremptory norms do not generate specific rights and obligations, limiting its performance to the existence of a specific binding legal instrument. Secondly, there is no express jurisdictional competency given to one particular court assigned to hear a matter that involves a peremptory norm. Finally, no tribunal has been entrusted to enforce the *imperativeness control* or the *conventionality control* and, consequently, the nullity or termination of a Treaty (Chapter II). This enabled us to catalogue the *jus cogens superveniens* as the uttermost complex Treaty termination cause disclosed in the VCLT (Chapter III).

Succeeding to what has been previously stated, we developed the appropriate legal and procedural criteria with the objective of making operative article 64 of the VCLT. In this sense, we encountered plenty determining factors created by international and domestic regulation, as well as determining factors created by the subjects involved. This led us to determine the following conjecture: the impossibility of performing or enforcing the figure of the *jus cogens superveniens* as a ground for terminating Treaties. Be that as it may, this research intends to outline solutions and appropriate requirements that would provide a new valid and solid scheme (Chapters IV and V). Through our research, we noticed that there were sufficient causes in the current legal system to conclude -as mentioned above- that the operability of article 64 of the VCLT is pragmatically impossible to execute. This is reflected in the following way:

*a) Operant conditioning on article 64 of the VCLT imposed by the subjects involved*

Unequivocally, the mere existence of a *jus cogens* rule places the subjects involved in a situation which, at any given opportunity, may cause the modification of their behavior, either automatically and enforced (article 53 of the VCLT) or optionally and voluntarily (article 64 of the VCLT). This “adequation” permitted by article 64 of the VCLT represents a favorable incentive -something, incidentally, that lacks article 53-, since it rewards the parties’ good faith with the possibility of preserving the Treaty. However, we observed that the implementation of article 64 might be conditioned upon a subject affected or a benefited party, which may decide not to execute the decision of terminating a Treaty on the basis of its legal procedure or as a consequence of simple lack of interest, without having coercive means to make the termination decision operative.

*b) Operant conditioning on article 64 of the VCLT imposed by supranational and domestic regulation*

In consideration to this aspect, we observed that the international regulation has numerous principles and rules that, in many ways, diminish the operability of the figure contained in article 64 of the VCLT. In this regard, we must mention the lack of a single decision-making body responsible of detailing the Treaty termination process when a peremptory norm is involved. Likewise, the absence of an organ capable of executing such decisions, the nonexistence of clear procedures designed to declare when a peremptory norm should be considered as such and the lack of a clear criterion for the suspension or not of a Treaty during the application of the *assessment test procedure*, confirm, among other factors, the preceding assertion.

We must also highlight that International Law does not have the faculty to amend or rectify a Treaty insofar as it has no competence to interpret the interest of the parties. Even under the assumption that a court has the power to interpret their will and, consequently, to impose the adaptation of the Treaty to a new standard, parties may decide not to execute the decision due to the fact that the disposition has been denatured and deviates from the referred will or the object and purpose of the Treaty.

Lastly, the limits imposed by the domestic regulation for the execution of a decision that calls for the termination of a Treaty as a result of the existence of a new peremptory norm are clear. In this sense, the allegation of the internal public order and the argument that refers to the necessity of following the pertinent internal procedures in order to make operative a decision that comes from a foreign State or from an international court, are frequently used.

*c) Operant conditioning imposed by article 64 of the VCLT*

It is evident that a *jus cogens superveniens* norm subjects the existence of a Treaty. However, due to the own nature of such rule, the “delicacy” of the *erga omnes* obligations and the complexity of the existent procedures, we noted that subjects involved generally decide not to use the figure of the *jus cogens* as a Treaty termination cause. In other words, the mentioned mechanism is seen in many occasions

as an instrument of last resort. Hence, clarifying -among other things- the range of action of the *jus cogens* norms could be helpful when applying article 53 and 64 of the VCLT.

As we observe, the normative superiority of the *ius cogens* provides these peremptory norms an indisputable autonomy when such are applied or implemented. Despite the previously mentioned, these norms have a *functional dependence* that relies on International Law -term that is better used in its most formal sense- so that they can be operative. Therefore, by merely reviewing articles 53 and 64 of the VCLT, we see the *jus cogens* as a norm forcibly conditioned to the recognition by International Law for its application and, likewise, this International Law is forced to complement or rely on the local Law of each state - which must be sovereign and willful- to achieve the expected practical effects.

Therefore, taking into account the difficult situation faced by the mentioned legal dispositions, we provided the appropriate guidelines so the local courts can identify the peremptory norms and certain suggestions concerning their interaction with other legal tools. However, in our study, we clarify that peremptory norms and article 64 of the referred legal instrument are intertwined and linked to the interests of individuals and domestic regulation and this should be considered as a supreme paradox because those norms were designed to have a mandatory nature.

*Key descriptors:* *ius cogens superveniens*, termination of Treaties, operant conditionings, supervening impossibility of performance, peremptory norms.



## **RESUMEN**

**RESUMEN**

**La Imposibilidad Sobrevenida de Cumplimiento del *ius cogens* Superveniens como Causa de  
Terminación de Tratados**

por

PASCAL PEÑA PÉREZ

Pocos han sido los aportes específicos y especializados sobre la relación de las normas imperativas *sobrevenidas* con los Tratados que se le enfrentan. Ninguna de las discusiones del *ius cogens superveniens*, apoyando o no su exigibilidad y justiciabilidad, se han referido al efecto práctico que la figura en cuestión genera en el presente y en el futuro, tanto en el Derecho Internacional como en los ordenamientos domésticos. En este ámbito, cabe mencionar que apenas se ha hecho hincapié en cómo hacer operativa la posibilidad de terminar un Tratado cuando contraviene la referida normativa imperativa, recogida en el artículo 64 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados del año 1969. Es por ello que en el Reporte de la Comisión de Derecho Internacional de agosto de 2014, se le ha dedicado especial importancia a este tema.

Teniendo en cuenta lo anterior, a lo largo de cinco capítulos nuestra investigación se centra en determinar los elementos cruciales que hacen *operativo*, conforme el Derecho Internacional y el Derecho interno, el artículo 64 de la CVDT. Siendo este nuestro norte y enfocados en aportar nuevos criterios a un tema nunca antes abordado desde esta perspectiva, pusimos a prueba, en el escenario práctico, las correspondientes líneas de pensamiento conforme al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que, a nivel internacional y comparado, existen hasta el momento sobre la materia.

Así, iniciamos explorando y analizando las decisiones de los tribunales internacionales y domésticos que han tenido la oportunidad de referirse a lo que debe considerarse “Tratado” (Capítulo I) para poder evaluar si otras fuentes del Derecho Internacional u otras actuaciones no reguladas por la CVDT podrían estar sujetas al control del artículo 64 de la CVDT.

Posteriormente, pasamos a definir y caracterizar las normas de *ius cogens* no sólo desde la definición dada por el artículo 53 y 64 de la CVDT, sino también desde la doctrina y jurisprudencia, previa y posterior a la entrada en vigencia de la CVDT. Una de las contribuciones principales de este trabajo es que logra agrupar tres líneas de pensamiento conforme al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que a nivel internacional y comparado existen hasta el momento sobre la materia: en primer lugar, vemos que no se le reconocen expresamente a las normas de *ius cogens* la posibilidad de generar derechos y obligaciones específicos a partir de aquella. En segundo lugar, se limita el ámbito de protección de las normas imperativas cuando, se condiciona la operatividad de determinadas normas imperativas a la existencia de un determinado instrumento legal vinculante que no se le ha otorgado la competencia jurisdiccional expresa al tribunal en cuestión para conocer del asunto donde se ve involucrada una norma imperativa. Por último, no se le ha otorgado la competencia expresa a ningún tribunal para realizar el *control de imperatividad* o el *control de convencionalidad* y, en consecuencia, declarar la nulidad o terminación de un Tratado. (Capítulo II). Todo esto nos sirve para caracterizar el *ius cogens* sobrevenido como la causa de terminación de Tratados más compleja recogida por la CVDT (Capítulo III).

Partiendo de lo anterior, hemos desarrollado los criterios jurídicos y procedimentales oportunos con el objeto de hacer operativo el artículo 64 de la CVDT. En este ámbito, encontramos diversos condicionantes dados por el Derecho Internacional, los sujetos involucrados y el propio Derecho estatal, que nos hacen llegar a la siguiente conclusión: la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del *ius cogens superveniens* como causa de terminación de un Tratado. Sea como fuere, este estudio pretende esbozar soluciones globales y adaptadas a las exigencias de un marco internacional cambiante y estrechamente interdependiente (Capítulo IV y V). De hecho, al hacer este ejercicio, hemos concluido que existen causas suficientes para determinar que la operatividad del artículo 64 de la CVDT es pragmáticamente imposible de ejecutar de manera efectiva en el sistema jurídico actual. Esta afirmación se justifica por tres motivos:

*a) Existe un condicionamiento operativo al artículo 64 de la CVDT que es impuesto por los sujetos involucrados*

Sin duda, la sola existencia de una norma de *ius cogens* pone al sujeto en cuestión en una situación que, en un momento dado, podrá provocar la modificación de su conducta, ya sea de manera automática y forzada (art. 53 CVDT) u opcional y voluntaria (art. 64 CVDT). Esta “adecuación” permitida por el artículo 64 de la CVDT representa un estímulo favorable -algo, por cierto, de lo que carece el artículo 53 de la CVDT-, puesto que se recompensa la buena fe originaria de las partes con la posibilidad de mantener vivo el Tratado. Sin embargo, vemos que la implementación del artículo 64 de la CVDT se encuentra condicionada por varias razones ya que es posible que los sujetos afectados o terceros beneficiados decidan no ejecutar la decisión de terminación de un Tratado de acuerdo a sus procedimientos legales internos o por simple falta de interés, sin que de forma coactiva se pueda hacer operativa dicha decisión de terminación.

*b) Existe un condicionamiento operativo al artículo 64 de la CVDT que ha sido impuesto por el propio Derecho Internacional general y el Derecho de los Tratados*

Pese a la redacción del artículo 64 de la CVDT, vemos que el Derecho Internacional tiene infinidad de principios y reglas que, sin la voluntad de las partes, haría imposible la operatividad de la referida figura. Así, podemos mencionar la falta de un órgano decisor único, la falta de un órgano ejecutor de la decisión, la inexistencia de procedimientos claros para declarar imperativa una norma y dar por terminado un Tratado, así como falta de criterios claros sobre la suspensión o no del Tratado durante este procedimiento de “test de valoración” y declaratoria de terminación.

Además de lo anterior, el Derecho Internacional no tiene facultad de enmendar o rectificar el Tratado en la medida en que no tiene la competencia de interpretar el interés de las partes. Pero incluso, si se asumiese que un tribunal tuviese la facultad de interpretar la voluntad de las partes y, en consecuencia, imponer la adecuación del Tratado a la nueva norma, las partes podrían decidir no ejecutar la decisión por entender que la disposición ha sido desnaturalizada y se desvía de la voluntad de las partes o del objeto y fin del Tratado.

Por último, los límites que impone el Derecho interno para la ejecución de una decisión de terminación de un Tratado por contrariar una norma de *ius cogens superveniens* son indudables. La alegación tanto del orden público interno, como de la necesidad de seguir los procedimientos internos pertinentes para hacer operativa una sentencia que provenga de un Estado extranjero o de un tribunal internacional, es algo frecuente a día de hoy; precisamente ello condiciona, en la práctica y de gran manera, la operatividad del artículo 64 de la CVDT.

*c) Existe un condicionamiento operativo al artículo 64 de la CVDT que ha sido impuesto por las propias disposiciones del artículo 64 de la CVDT*

Es evidente que una norma de *ius cogens superveniens* condiciona la existencia de un Tratado. Sin embargo, debido a la propia naturaleza de las normas imperativas, a la delicadeza de las obligaciones *erga omnes* involucradas, así como a la complejidad de los procedimientos existentes, podemos determinar que los sujetos involucrados deciden generalmente no acudir a la figura del *ius cogens* como causa de terminación de Tratados, por la complejidad que posee. Aclarar el rango de actuación de las normas de *ius cogens* resulta especialmente útil para todo aquel que deba aplicar las disposiciones del artículo 53 y 64 de la CVDT. Siendo así las cosas, este estudio proporcionará directrices útiles para los tribunales nacionales sobre la manera de identificar las normas imperativas y la interacción de esas fuentes de Derecho Internacional.

En cualquier caso y a modo de conclusión, dejamos patente en el presente estudio la siguiente idea: la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del artículo 64 de la CVDT, lo que nos lleva a concluir que, pese a las profundas convicciones de los redactores de la CVDT, el *ius cogens superveniens* y el artículo 64 de la CVDT se encuentran ligados, de una forma u otra, a los intereses de los particulares y al propio Derecho interno. Todo ello conduce a una curiosa premisa: el efecto práctico de exoneración a la hora de cumplir con una norma imperativa -paradoja interesante esta, considerando que el *ius cogens* es de obligatorio cumplimiento-.

*Descriptor clave:* *ius cogens superveniens*, terminación de Tratados, condicionamiento operante, imposibilidad sobrevenida de cumplimiento

**ABREVIATURAS**

**ABREVIATURAS**

<b>§</b>	Número de Párrafo
<b>AJIL</b>	American Journal of International Law
<b>Carta ONU</b>	Carta de la Organización de las Naciones Unidas
<b>CICR</b>	Comité Internacional de la Cruz Roja
<b>CDI</b>	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas o International Law Commission
<b>CPJI</b>	Corte Permanente de Justicia Internacional
<b>CIJ</b>	Corte Internacional de Justicia o International Court of Justice
<b>CVDT (1969)</b>	Convención de Viena de Derecho de Tratados
<b>CVDT (1986)</b>	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CADH</b>	Convención Americana de Derechos Humanos
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>Cfr.</b>	Confróntense, compárese
<b>Corte EDH</b>	Corte Europea de Derechos Humanos
<b>Comisión EDH</b>	Comisión Europea de Derechos Humanos
<b>Comisión IDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>CSNU</b>	Consejo de Seguridad de la ONU
<b>EEUU o USA</b>	Estados Unidos de Norteamérica
<b>e.g.</b>	<i>exempli gratia</i> (por ejemplo)
<b>EJIL</b>	European Journal of International Law

<b>Et seq.</b>	Y siguientes
<b>IDI</b>	Instituto de Derecho Internacional o Institut de Droit International o Institute of International Law
<b>Ibid.</b>	Se cita la misma obra de manera consecutiva
<b>Ibidem.</b>	Se cita exactamente la misma obra y la misma pagina de una referencia inmediatamente anterior
<b>Max Planck Y.B.</b>	Max Planck Yearbook of United Nations Law
<b>No.</b>	Número
<b>Op. Cit.</b>	<i>Opere citato</i> (“en la obra citada”)
<b>OMC</b>	Organización Mundial del Comercio
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>ONU Doc.</b>	<i>Numeración oficial dada por la ONU al documento</i>
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>Proyecto CDI Estado (2001)</b>	Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos <i>de la Comisión de Derecho Internacional</i>
<b>RCADI</b>	Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye
<b>REEI</b>	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
<b>RICR</b>	Revista Internacional de la Cruz Roja
<b>RGDIP</b>	Revue Générale de Droit International Public
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TPIY</b>	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
<b>TPIR</b>	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
<b>UNRIAA</b>	Boletín Oficial del Tribunal Arbitral de la ONU o Reports of the International



	Arbitral Awards of the United Nations
<b>UKHL</b>	United Kingdom House of Lord o Cámara de los Lores del Reino Unido
<b>v.g.</b>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<b>Vid.</b>	Véase en
<b>VCLT</b>	Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969
<b>Vol.</b>	Volumen
<b>vs.</b>	<i>versus</i>
<b>YJIL</b>	Yale Journal of International Law

## **INTRODUCCIÓN**

“[A] pesar de su inclusión en la Convención de Viena, los límites y efectos jurídicos del *jus cogens* siguen estando mal definidos y siendo polémicos. Aunque son muchos los casos en que se invoca el *jus cogens*, hasta la fecha sigue habiendo poca jurisprudencia en que se recurra al *jus cogens* para cuestionar la validez de un tratado. Por consiguiente, si bien en la actualidad el reconocimiento del *jus cogens* como parte de la estructura moderna del Derecho Internacional apenas suscita controversias, su naturaleza concreta, las normas que se consideran de *jus cogens* y las consecuencias del *jus cogens* en el Derecho Internacional siguen sin estar claras.”\*

Comisión de Derecho Internacional de la ONU (2014)

---

\* *Cfr.* CDI, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), A/69/10, Anexo, p. 295-296.

## INTRODUCCIÓN

Una proliferación de normas, recogidas de manera expresa o de forma incipiente en el Derecho Internacional, ha tenido lugar en años recientes a través del reconocimiento generalizado de ciertas reglas de conducta y moralidad internacional cuyo propósito ha sido el de controlar y fiscalizar la orientación de las actuaciones de los actores intervinientes en el ámbito de la comunidad internacional.

Esta construcción de un orden público internacional reflejado en la concepción del *ius cogens* ha supuesto “(...) la superación definitiva de un estándar de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la ‘voluntad’ del Estado, de la cual el propio Derecho Internacional buscó gradualmente libertarse a través de las anteriormente mencionadas construcciones conceptuales y las consideraciones básicas de humanidad que hoy permean todo su vasto *corpus iuris*.”<sup>2</sup>

En este contexto, debemos apuntar que las referidas normas generales e imperativas han logrado confluir y organizarse definitivamente en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 1969 (en adelante, “CVDT” o “CVDT (1969)” indistintamente)<sup>3</sup>, la cual fue complementada posteriormente por medio de la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (en adelante, la “CVDT (1986)”). La relevancia de estos textos es indiscutible, máxime si se toma en consideración que han tratado de desempeñar, al menos en sentido material, el rol de texto “constitucional” en el marco de las relaciones convencionales entre los Estados.

Asimismo, ambos Tratados han puesto de relieve -formal y expresamente- la idea relativa a la exigibilidad y justiciabilidad de las normas imperativas en el Derecho Internacional, estableciendo claras diferencias entre el *ius cogens* pre-existente (artículo 53 de la CVDT) y el *ius cogens superveniens* o sobrevenido (artículo 64 de la CVDT), disponiendo a su vez las consecuencias precisas que deberían tener lugar en caso de colisión con actos u actuaciones que las contraríen.

---

<sup>2</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Hacia el Nuevo Derecho internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho internacional” en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Vol. 50, Belo Horizonte: Brazil, jan.-jul. 2007, p. 61.

<sup>3</sup> República Dominicana se adhirió formalmente a la CVDT (1969) el 1 de abril de 2010.

Siendo conscientes, pues, de la relevancia de las disposiciones legales recientemente señaladas, decidimos hace unos años embarcarnos en el estudio de las mismas y crear en un trabajo académico previo una estructura interpretativa coherente que lograra, al menos teóricamente, hacer exigible y justiciable el artículo 64 de la CVDT.<sup>4</sup> Sin embargo, en dicho momento pudimos darnos cuenta de que pese a que nos esforzamos en crear la hermenéutica legal necesaria para dar efectos concretos a la citada disposición legal, la operatividad nacional e internacional del *ius cogens superveniens* como causa de terminación de Tratados parecía ser una quimera. De hecho, a día de hoy, la práctica internacional no ha terminado un Tratado por contravenir una norma imperativa sobrevenida.

Teniendo en cuenta lo anterior y tratando de aportar nuevas perspectivas al asunto en cuestión, la investigación que ahora nos ocupa tiene como *objeto principal* aportar los elementos cruciales y necesarios que permitan hacer operativo -si es que ello es posible- el artículo 64 de la CVDT. La relevancia de dicho objeto, por tanto, abarca dos *objetivos principales*, estrechamente interconectados e interdependientes: por un lado, examinar la regulación internacional con la intención de detectar, en su caso, las carencias existentes, esbozando las recomendaciones oportunas que deberían implementarse para favorecer la exigibilidad y justiciabilidad de la referida disposición legal. Y, por otro, analizar el marco legal nacional y las correspondientes herramientas estatales con el propósito de mostrar que dicho marco constituye un elemento crucial a la hora de facilitar la operatividad de la comentada figura.

Al hilo de lo comentado en el párrafo anterior y con ocasión de las importantes lagunas normativas y conceptuales existentes sobre la materia, este estudio pretende identificar y, en la medida de lo posible, plantear soluciones adaptadas y adecuadas a una serie de interrogantes. Alguno de ellos son los que figuran a continuación: ¿puede un Estado, en el caso de que existan criterios suficientes para ejecutar una decisión de terminación de un Tratado que contradiga una norma imperativa sobrevenida, negarse a hacerlo conforme a la colisión que ello puede generar en su respectivo ordenamiento jurídico interno? Es más, ¿es viable que los Estados aleguen la inexistencia de una obligación expresa que los vincule a aplicar

---

<sup>4</sup> Vid. PEÑA PÉREZ, P., *Exigibilidad y Justiciabilidad del Ius Cogens Superveniens como Herramienta de Terminación de Tratados: El Ser y el Deber Ser del artículo 64 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados* (Pablo Martín, dir.), Tesis para la obtención del Diploma de Estudios Avanzado (DEA) del Doctorado de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, Instituto Ortega & Gasset, 2011 (Madrid, España).

dicha sentencia de terminación? En el caso de que se proceda de este modo, ¿qué responsabilidad podría acarrear dicho incumplimiento? ¿Es acaso el artículo 64 de la CVDT una disposición inoperante y revestida de una imposibilidad intrínseca de cumplimiento desde el punto de vista pragmático?

Como ya ha quedado indicado, éstas y otras incógnitas, las cuales han sido tíbiamente afrontadas por algunos Estados y entidades supranacionales, pretenden ser abordadas a lo largo del presente trabajo de investigación con el rigor requerido. Para cumplir con tal tarea, hemos utilizado tanto la metodología deductiva en tanto que partimos de un análisis pormenorizado del artículo 64 de la CVDT, así como una metodología inductiva en la medida que acudimos a la doctrina y a la jurisprudencia para tratar de articular el modo en el que una figura nunca antes aplicada pueda llegar a materealizarse en un caso concreto, apreciándose la relevancia y la repercusión que el presente trabajo de investigación puede llegar a tener en un momento dado. .

En cuanto a la relación de fuentes, nuestra investigación parte del análisis del artículo 53 y 64 de la CVDT (1969), integrando también en su plenitud la doctrina y jurisprudencia internacional y comparada, puesto que la práctica de los Estados en temas conexos -como es la ejecución interna de las sentencias- resulta fundamental para evaluar si el artículo 64 de la CVDT y su plena operatividad se encuentra condicionada.

Siendo así las cosas y considerando que este estudio tiene por objeto aportar los elementos oportunos para hacer operativo el artículo 64 de la CVDT, iniciamos explorando y analizando las decisiones de los tribunales internacionales y domésticos que han tenido la oportunidad de referirse al contenido sustancial del término “Tratado” (Capítulo I) para poder evaluar si otras fuentes del Derecho Internacional u otras actuaciones no reguladas por la CVDT podrían estar sujetas al control del artículo 64 de la CVDT.

Posteriormente, pasamos a definir y a caracterizar las normas de *ius cogens*. Para ello, además de partir de la definición dada por el artículo 53 y 64 de la CVDT, evaluamos la doctrina y jurisprudencia previa y posterior a la entrada en vigor de la CVDT. Al estudiar estas decisiones judiciales y algunos votos razonados y disidentes de jueces que han tenido la oportunidad de referirse al *ius cogens*

sobrevenido o a éste como causa de terminación de Tratados, hemos procedido a agrupar en tres categorías las interpretaciones teóricas y prácticas que, hasta la fecha, la jurisprudencia ha dado a los artículos 53 y 64 de la CVDT. Esta clasificación, a la que hemos denominado *la tríada cognitiva del ius cogens* (Capítulo II), nos proporcionará los parámetros oportunos para definir el *ius cogens* sobrevenido como la causa de terminación de Tratados más compleja recogida por la CVDT y delimitar, tanto en la teoría como en supuestos fácticos que esbozamos, sus muy especiales características conforme al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que a nivel internacional y comparado existen hasta el momento sobre la materia (Capítulo III).

Interesados, pues, en determinar el alcance del artículo 64 de la CVDT, desarrollamos los criterios prácticos que deben asumirse en el momento de declarar un Tratado contrario a una norma imperativa y los efectos jurídicos y procedimentales de tal situación (Capítulo IV). Para ello, fue necesario necesario plantearse una serie de cuestiones fundamentales, a saber:

1. ¿Cuál sería el procedimiento de acuerdo con la CVDT y el Derecho Internacional general para terminar un Tratado conforme al artículo 64 de la CVDT?
2. ¿Cómo podría reaccionar el Derecho Internacional frente a la ambigüedad del referido procedimiento?
3. ¿Podrían ser utilizados métodos coercitivos para hacer ejecutar una sentencia que tenga por objeto la terminación de un Tratado que sea contrario a una norma imperativa sobrevenida?

Al tratar de dar respuesta a las preguntas anteriores, hemos concluido que la operatividad del artículo 64 de la CVDT adolece de rigidez dogmática, lo cual no sólo se encuentra asociado a la concepción fundamentalmente dualista que rige en la mentalidad soberana de los Estados con respecto a la normativa internacional, sino a la capacidad misma de terminar un Tratado y de ejecutar tal disposición conforme a las disposiciones previstas en la CVDT y al Derecho Internacional en general.

Situaciones como la falta de automaticidad en la terminación de un Tratado o la inexistencia de

uno o varios órganos específicos creados para la valoración y reconocimiento de una norma imperativa -lo que en un momento dado puede respresentar un elemento provechoso para no limitar la evolución de las mismas como fuente de Derecho Internacional-, son claramente obstáculos para el desarrollo de una línea homogénea de criterios, lo que conlleva serias dificultades a la hora de proceder a la implementación del artículo 64 de la CVDT.

Como colofón a lo anterior, conviene señalar que en el hipotético caso de que no existiera inconveniente alguno en lo concerniente a las condiciones conceptuales o procedimentales arriba tratadas, debemos advertir la falta de reconocimiento expreso por parte de terceros Estados en actuar, así como una latente imposibilidad práctica de ejecutar la sentencia de terminación de un Tratado en el ámbito interno del (de los) Estado(s) a causa de los procedimientos (o a falta de ellos) que posee el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos internos. Todo ello demuestra que, pese a las profundas convicciones de los redactores de la CVDT, la efectiva operatividad de las normas *imperativas* sobrevenidas y de éstas como causa de terminación de Tratados, no se encuentra abstraída de los intereses particulares, del Derecho Internacional, así como del propio Derecho interno, lo que nos lleva a determinar la *imposibilidad sobrevenida de cumplimiento*<sup>5</sup> del artículo 64 de la CVDT (Capítulo V).

Estas cuestiones y otras justifican, por tanto, un análisis combinado de lo público y privado eliminando su visión aislada en temas tan específicos como la ejecución de sentencias que ordenen la terminación de Tratados. Desde este punto de partida, el presente trabajo de investigación pretende alcanzar soluciones globales y adaptadas a las exigencias de un marco internacional cambiante y estrechamente interdependiente.

Sea como fuere, pese al escepticismo que pudiese derivarse de lo indicado en párrafos anteriores, nuestro estudio trata de enmarcarse dentro de una *revolución post cognitiva*, donde hemos procurado la operatividad no sólo del artículo 64 de la CVDT, sino también del 53 de la CVDT, puesto que hemos incorporado criterios que apuntan a reducir las conductas voluntaristas y unilaterales de los Estados.

---

<sup>5</sup> Aquí queremos aclarar que no estamos hablando de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento que recoge el artículo 61 de la CVDT, donde expresa que “no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.”

Asimismo, esta investigación ha se ha esforzado en proveer al lector de las herramientas conceptuales necesarias que permitan modificar ciertas percepciones y patrones de pensamiento, las cuales tradicionalmente han limitado la operatividad del artículo 64 de la CVDT.



***DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL  
TÉRMINO TRATADOS EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL Y SU INTERACCIÓN  
CON LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA  
CVDT  
CAPÍTULO I***

**DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL TÉRMINO *TRATADOS* EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL Y SU INTERACCIÓN CON LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA CVDT**  
CAPÍTULO I

El Tratado es la fuente creadora de normas jurídicas internacionales por excelencia.<sup>6</sup> En otras palabras, el Tratado es, fundamentalmente, la principal fuente del Derecho Internacional. Evidentemente, existen variadas formas de asumir derechos y obligaciones en el ámbito internacional, las cuales -en muchas ocasiones- se encuentran sujetas a cierto grado de imperatividad. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo de investigación, en este primer capítulo nos centraremos en analizar la peculiar figura de los Tratados y el alcance de dicho término a la luz de los artículos 53 y 64 de la CVDT.

**I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL TÉRMINO “TRATADOS” EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL**

La definición de los Tratados se encuentra plasmada en la CVDT. Concretamente, su artículo 2.1 determina que es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” Posteriormente, en la CVDT (1986) se amplía formalmente el número de sujetos legalmente habilitados para suscribir acuerdos, al reconocer a las organizaciones internacionales tal capacidad. Consecuentemente, un Tratado es un compromiso debidamente formalizado del que nacen derechos y obligaciones, el cual vincula, al menos, a dos partes -contrato sinalagmático perfecto- en relación con un tema o diversos temas de interés.

Así, independientemente de las diversas denominaciones que se utilicen,<sup>7</sup> el Tratado “(...) consiste fundamentalmente en una manifestación de voluntad común (...)”<sup>8</sup>, la cual debe ser expresada en un

---

<sup>6</sup> No obstante, no es la única fuente existente. Ello se ve reflejado no sólo en la actuación de ciertos sujetos del Derecho Internacional, sino también en el contenido del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ.

<sup>7</sup> Tales como convenio, estatuto, acuerdo, protocolo, pacto, concordato, entre otros.

<sup>8</sup> *Cfr.* BARBERIS, J. “El Concepto de Tratado Internacional” en *Anuario Español de Derecho internacional*, Núm. 6, 1982, p. 17.

documento que, a su vez, deberá ser suscrito por los sujetos de Derecho Internacional<sup>9</sup> con la intención de crear los correspondientes derechos y obligaciones.<sup>10</sup> Por tanto, siempre que se generen los derechos y obligaciones pertinentes entre las partes contratantes, las disposiciones de la CVDT y el Derecho de los Tratados serán aplicables.

Tal y como se muestra a continuación, sobre la figura de los Tratados haremos especial hincapié, especialmente en lo que se refiere a su relación con las normas imperativas, las cuales reclaman su estricta adhesión por parte de todos los miembros que integran el conjunto de la comunidad internacional.

### 1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS CONSIDERADOS COMO TRATADOS CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

Como vemos, el término “Tratados” conceptúa todos los acuerdos internacionales debidamente suscritos y ratificados conforme a la legislación internacional, los cuales serán incorporados, antes o después, al Derecho interno. Sin duda alguna, la interacción del Derecho interno y el Derecho Internacional puede causar ciertas discordancias cuando, por ejemplo, un Estado decide, al margen de la regulación supranacional, definir en su legislación lo que debe considerarse como Tratado. Ello podrá influir, por ejemplo, en el modo en el que las partes manifiesten su consentimiento, ya sea de forma escrita, oral<sup>11</sup>, por signos<sup>12</sup> e incluso, de forma implícita<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> ARRIOJA VIZCAÍNO afirma lo siguiente: “son los acuerdos que celebran entre dos o más Estados como entidades soberanas entre sí, sobre cuestiones diplomáticas, políticas, económicas, culturales u otras de interés para ambas partes”. Vid. ARRIOJA VIZCAÍNO, A. *Derecho Fiscal*, Décima Octava ed., Ed. Themis, p. 69; DIEZ DE VELAZCO, en igual sentido, establece que es un “negocio jurídico con características propias debido a la categoría de los sujetos que en él intervienen”. Vid. DIEZ DE VELAZCO, M. (1991), *Instituciones del Derecho internacional Público*, Tomo I, Novena ed., Ed. Tecnos, S.A, Madrid, p. 124.

<sup>10</sup> Según BARBERIS, el Tratado “se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que está regida directamente por este ordenamiento.” Cfr. BARBERIS, J., *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>11</sup> Vid. CPJI, *The Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Serie A, Núm. 5, 1925, p. 28; Vid. CPJI, *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, Serie A/B, Núm. 53, 1933, pp. 69 y 71. Asimismo, véase el voto disidente el juez Anzilotti en este mismo caso. Vid. Serie A/B, Núm. 53, p. 91. Por último, véase también las consideraciones del árbitro en la sentencia sobre la isla de Lamu. Vid. *Affaire de l'île de Lamu (Allemagne vs. Grande- Bretagne)*, sentence rendue le 17 août 1889. Citado en: La Fontaine, H. (1902), *Pasicrisie internationale. Histoire Documentarie des Arbitrages Internationaux*, 1794-1900, Bern, 1902, p. 337.

<sup>12</sup> Por ejemplo, el acuerdo de un “cese de fuego” entre dos ejércitos mediante signos con banderas.

<sup>13</sup> Vid. CPJI, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Judgment, Serie A, Núm. 15, 1928, p. 24; Vid. CIJ, *Haya de la Torre Case (Colombia vs. Perú)*, Judgment, 1951, p. 71, p. 78; Vid. UNRIAA, *Interpretation of the Air Transport*

Esta falta de coordinación entre la regulación internacional e interna se puede apreciar también en otros ámbitos cuando, por ejemplo, la primera no da suficiente detalle sobre una determinada cuestión. Así pues, de la lectura de los artículos 2.1 (b), 11 y 14 de la CVDT queda claro que no se define propiamente lo que debe entenderse por “ratificación”, “aceptación” o “aprobación”; únicamente, se indica que dichos términos constituyen formas de manifestación del consentimiento cuando se pretende quedar obligado por el contenido de un Tratado.

En este sentido, lo único que importa, de conformidad con la CVDT, es que los Estados acepten considerar los referidos términos como expresiones del consentimiento para, de esta forma, crear los derechos y obligaciones oportunas, tal y como expresábamos más arriba. En relación con todas estas cuestiones, en 2009, la Corte Constitucional determinó lo siguiente:

“La Corte ha dejado en claro que, aun tratándose de instrumentos internacionales que son desarrollo de otros, si a través de los mismos se crean nuevas obligaciones, o se modifican, adicionan o complementan las previstas en el respectivo convenio o tratado del que hacen parte, esos también deben someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación por el Congreso y revisión automática de constitucionalidad por parte de esta Corporación, en razón a que implican para los Estados partes, la asunción de nuevos compromisos, que deben ser avalados en los términos previstos por la Carta Política. En estos casos, la Corte ha considerado que los mismos se miran como verdaderos Tratados, aun cuando no estén sometidos al trámite de la ratificación, y, por tanto, deben someterse al procedimiento interno de incorporación al ordenamiento jurídico.”<sup>14</sup>

Así pues, los propios Estados pueden establecer procedimientos específicos y particulares a la hora de facilitar la entrada en vigor de un instrumento normativo internacional, procediendo con ello a su categorización en el ámbito interno. En países como EEUU,<sup>15</sup> existen requisitos muy complejos en comparación con otros ordenamientos legales en lo que se refiere a su denominación y a su operatividad, contradiciendo de manera directa las disposiciones del artículo 2.2 de la CVDT, el cual expresa que para

---

*Services Agreement between the United States of America and France (USA vs. France)*, Award, 1963, UNRIAA, vol. XVI, pp. 63 y 66.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-801/09 de 10 de noviembre de 2009.

<sup>15</sup> Un caso que vale la pena mencionar es que en el Derecho interno de EEUU, el término “Tratado” tiene un significado especial, pues hace referencia a un acuerdo internacional que, para vincular a ese país -a diferencia de los demás acuerdos que esa nación pueda celebrar-, tiene que ser sometido a consulta y debe ser aprobado por el Senado.

el Derecho Internacional es indiferente lo que el Estado considere o no como Tratado. Por tanto, un Tratado será visto como tal, independientemente de la denominación y otras cuestiones de interés que pueda proporcionar la regulación interna estatal. Esta dicotomía que puede llegar a existir entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, es utilizada en ocasiones a favor del Estado para desligarse de sus obligaciones internacionales.<sup>16</sup>

En cualquier caso, resulta urgente mencionar y valorar otros valiosos parámetros, independientemente de la formal definición dada por la CVDT en torno a la figura del Tratado en la medida en que ello nos permitirá entender mejor el alcance de dicho concepto y las implicaciones que tienen los artículos 53 y 64 de la CVDT.

Siendo así las cosas, si se acude a la jurisprudencia internacional, se advierte que junto a los convenios concertados según los procedimientos habituales, se ha considerado que poseen también carácter convencional actos tales como la participación de dos Estados en la adopción de una resolución del Consejo de la antigua Sociedad de las Naciones<sup>17</sup> -equivalente hoy a una resolución del CSNU-, un manifiesto de la Cámara de Cuentas de un reino<sup>18</sup>, un acuerdo verbal<sup>19</sup> y un cierto *modus vivendi* tácito<sup>20</sup>.

En otras palabras, cartas constitutivas, concordatos, convenciones, convenio, declaraciones, Estatuto, intercambio de notas, *modus vivendi*, pactos, protocolos, Tratados o cualquier otro instrumento, son términos válidos que se engloban bajo la reconocida figura contenida en el párrafo primero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la “CIJ”). Ello se deduce claramente de los artículos 2.1, 2.2, 53 y 64 de la CVDT. Como no podía ser de otro modo, algunos de estos términos pueden contener mayor o menor grado de solemnidad o formalidad; sin embargo, si poseen

---

<sup>16</sup> Por favor diríjase dentro de este mismo Capítulo, a la Sección III. *La Recepción de las Normas de Ius Cogens, los Tratados y Otras Formas de Actuación en el Derecho Interno: del Idealismo a la Práctica*

<sup>17</sup> Vid. CPJI, *Railway Traffic between Lithuania and Poland (Railway Sector Landwarow-Kaisiadorys)*, Advisory Opinion, Serie A/B, Núm. 42, 1931, p. 11.

<sup>18</sup> Vid. CPJI, *The Free Zones Of Upper Savoy And The District Of Gex*, Judgment, Serie A/B, Núm. 46, 1932, p. 145.

<sup>19</sup> Vid. CPJI, *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, Serie A/B, Núm. 53, 1933, pp. 37, 40, 43, 56, 60, 63 y 73.

<sup>20</sup> Vid. CIJ, *Continental Shelf (Tunisia vs. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, 1982, pp. 70-71.

las características necesarias, pueden ser perfectamente caracterizados como un Tratado y ser regulado, consecuentemente, conforme al Derecho Internacional.<sup>21</sup>

En este sentido, cabe afirmar que lo mismo sucede “[con] los acuerdos concertados entre Estados y empresas extranjeras, (...) llamados ‘convenios cuasi-internacionales’ (*quasi-völkerrechtliche Verträge*). A través de un análisis pormenorizado de la práctica, así como de la jurisprudencia podemos afirmar que las empresas poseen, según el Derecho de gentes actual, la capacidad suficiente para concertar acuerdos. Los convenios ‘cuasi-internacionales’ están incluidos, pues, en el concepto de tratado internacional.”<sup>22</sup>

Asimismo, deben ser considerados Tratados los acuerdos sometidos parcialmente al Derecho Internacional que se encuentren debidamente suscritos en torno a derechos y obligaciones que dicha regulación prescribe. Es decir, “[e]s posible que un acuerdo entre dos sujetos internacionales estipule que ciertas obligaciones se regirán por el derecho de gentes, otras por el derecho de una de las Partes contratantes y algunas otras por el orden jurídico de un tercer país. Si bien el convenio se sujeta parcialmente a distintos órdenes jurídicos, hay que distinguir entre el derecho en virtud del cual el convenio es celebrado y los órdenes jurídicos que son aplicables como derecho material a ciertos aspectos del convenio. Lo que aquí importa es precisar si las Partes contratantes han celebrado el acuerdo en virtud del derecho de gentes y, utilizando la libertad que este orden jurídico brinda a las Partes, éstas han decidido aplicar a ciertos aspectos del convenio el derecho de uno o varios países. (...) El derecho de gentes no es aplicado en este caso *directamente*, sino por disposición o por autorización de un orden jurídico interno.”<sup>23</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta aconsejable indicar que en la práctica no resulta fácil, a veces, precisar si las partes contratantes han establecido disposiciones de carácter normativo. Sin duda, “(...) estas expresiones tienen el sentido de una obligación y, si bien puede resultar difícil determinar si el

---

<sup>21</sup> Vid. BEDERMAN, D. J. (2001): *International Law Frameworks*, Nueva York, Foundation Press, 2001, p. 25.

<sup>22</sup> Cfr. BARBERIS, J., *op. cit.*, p. 17.

<sup>23</sup> *Ibid*, p. 27.

Estado obligado ha dado cumplimiento en un caso concreto a lo estipulado, ha de considerarse que tienen carácter normativo propio de un tratado internacional.”<sup>24</sup>

Por ello, es importante aclarar que “si un acuerdo, pese a la declaración de las Partes en el sentido de que se trata de un convenio no obligatorio, es respetado por ellas en la práctica posterior como si fuera un tratado jurídicamente vinculatorio, dicho acuerdo puede convertirse en tal debido a esta práctica que implica una modificación de lo convenido originariamente. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando en un acuerdo un Estado toma represalias respecto del otro cada vez que éste comete una infracción y estos actos son interpretados por este último como sanción por el incumplimiento de una obligación.”<sup>25</sup>

Esta amplia definición fue respaldada por la CIJ en el año 1962 en el caso *South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa)*. En dicho asunto, la referida Corte consideró que el mandato establecido en relación con África del Sudoeste era un Tratado conforme a lo dispuesto por el artículo 37 del Estatuto de la CIJ en la medida en que si bien este “(...) asumió la forma de una Resolución del Consejo de la Liga [de las Naciones] (...) [n]o puede (...) ser considerado (...) sólo una acción ejecutiva en cumplimiento del Pacto. El Mandato, en hecho y en Derecho, es un acuerdo internacional que tiene el carácter de un Tratado (...)”<sup>26</sup>.

Por lo tanto, una manifestación pública de voluntad estatal proclamada de forma unilateral que afecte a sus relaciones con los demás Estados, que haya sido emitida por una persona válidamente legitimada de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno y que tenga como objetivo crear efectos

---

<sup>24</sup> BARBERIS pone como ejemplo algunos Tratados sobre cooperación cultural, científica o técnica es común hallar expresiones tales como “acordarán todas las facilidades posibles”, “estimularán el intercambio de técnicos”, “estudiarán las medidas para que puedan hacerse proyectos comunes”, “estimularán la cooperación”, etc. *Vid. BARBERIS*, “El Concepto de Tratado Internacional”, pp. 20-21.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>26</sup> La traducción es nuestra. La CIJ dispuso lo siguiente: “The Mandate for South West Africa took the form of a resolution of the Council of the League but obviously it was of a different character. It cannot be correctly regarded as embodying only an executive action in pursuance of the Covenant. The Mandate, in fact and in law, is an international agreement having the character of a treaty or convention. The Preamble of the Mandate itself shows this character. The agreement referred to therein was effected by a decision of the Principal Allied and Associated Powers including Great Britain taken on 7 May 1919 to confer a Mandate for the Territory on His Britannic Majesty and by the confirmation of its acceptance on 9 May 1919 by the Union of South Africa.” *Cfr. CIJ, South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, 1962, pp. 330-331.

jurídicos a nivel internacional, podrá no ser considerado como un Tratado pero sí quedar sujeto al Derecho Internacional.

A modo de ejemplo, debemos mencionar lo acontecido en República Dominicana con la Sentencia 256/14 emitida por el Tribunal Constitucional del referido país, ya que en la misma se puso de relieve que el instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH no era válido conforme a lo estipulado por la norma constitucional. Dicho instrumento, emitido por el Presidente de República Dominicana, precisó la siguiente: “el Gobierno de la República Dominicana por medio del presente instrumento, declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte IDH sobre todos los caso relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969.” Este instrumento jurídico, sin duda, tenía la intención de generar derechos y obligaciones para el Estado dominicano con respecto a la Corte IDH y fue válidamente emitido por quien tenía competencia para hacerlo.

A pesar de ello y como ya se ha avanzado, el Tribunal Constitucional de República Dominicana, en conocimiento de un recurso de inconstitucionalidad contra dicho instrumento, indicó en la referida Sentencia 256/2014, que la Corte IDH no tenía competencia sobre el caso en cuestión, puesto que el citado país no había formalizado un instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de dicho tribunal internacional conforme a lo que decretaba la norma constitucional en cuestión.<sup>27</sup> Sin embargo, en un voto disidente se dispuso lo siguiente:

“21. Además de que el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana se hizo de manera regular, comportamiento asumido por los poderes del Estado, incluyendo al propio Poder Legislativo, no dejan dudas de la aceptación de dicha competencia; tal y como se demostrará en los párrafos que siguen.

---

<sup>27</sup> El Congreso de la República Dominicana, mediante Resolución Núm. 379, de 25 de diciembre de 1977, aprobó la CADH, la cual había sido firmada por el país el 7 de septiembre de 1977. El instrumento de ratificación del referido Tratado fue depositado en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 19 de abril de 1999. El presidente del país, mediante el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte IDH, reconoció como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la CADH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Corte IDH. Sin embargo, afirma que ello debía ser evaluado y adoptado a través del Congreso Nacional, puesto que constituía un Tratado en términos formales.



22. En lo que respecta al Poder Legislativo, el mismo reconoció la competencia de la Corte Interamericana al aprobar la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, ya que en el considerando decimotercero se establece lo siguiente: ‘Que dentro de los procedimientos constitucionales a ser regulados se encuentra el control preventivo de los Tratados internacionales y la regulación de la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’.

23. Este reconocimiento por parte del Poder Legislativo resulta incuestionable, en la medida en que establecer la necesidad de la regulación de la ejecución de la sentencia de dicha Corte equivale a aceptar la jurisdicción de esta.

24. Lo anterior supone que en la hipótesis de que fuera válida la tesis que se desarrolla en la sentencia, en el sentido de que el instrumento de aceptación debió ser aprobado por el Congreso, tal formalidad fue cumplida en los hechos según lo expuesto en los párrafos anteriores, es decir, que hubo una ratificación por parte de dicho poder. (...)

26. Por otra parte, en todos los casos en que la República Dominicana ha sido demandada el Estado dominicano ha enviado representantes, los cuales nunca invocaron la excepción de incompetencia, salvo en aquellas denuncias hechas con anterioridad al año 1999, fecha de la aceptación de la competencia. Además de lo anterior, el Estado dominicano ha ejecutado sentencias dictadas por la Corte Interamericana. (...)

29. Todas estas manifestaciones de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana se produjeron sin que en ningún caso el Poder Legislativo ni ningún otro poder del estado cuestionara dicho comportamiento.”<sup>28</sup>

Al margen de lo dispuesto en el referido voto particular, la mayoría de los jueces asumieron el criterio de declarar incompatible con la Constitución de República Dominicana, el documento de aceptación de la competencia contenciosa de la CIDH. Pese a esto, se debe recordar que para el Derecho Internacional es indiferente a cualquier alegato fundado en el Derecho interno para pretender exonerar al Estado del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por tanto, los requisitos que el Derecho interno haya podido establecer para que un instrumento internacional sea considerado “Tratado” en su ordenamiento jurídico, no le será aplicable al Derecho Internacional en caso de conflicto entre ambos sistemas jurídicos. En suma, un Tratado debe ser siempre reconocido como tal cuando cumpla con sus requisitos más básicos, a saber: ser un instrumento jurídico -normativo o no normativo-, suscrito entre sujetos de Derecho Internacional y con la finalidad de generar derechos y obligaciones.

---

<sup>28</sup> Cfr. Voto disidente del Magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, emitido en la Sentencia TC 256/14, del Tribunal Constitucional de República Dominicana, p. 68.

Ello tiene una gran implicación, puesto que el Derecho Internacional puede reconocer valor jurídico a una norma, aunque la misma no necesariamente se enmarque en la terminología de “Tratado” conforme al Derecho Internacional o al Derecho interno de algún Estado. Esto permitirá, por tanto, que las disposiciones del artículo 64 de la CVDT sean aplicables no sólo a los Tratados, sino a cualquier otra actuación, legal o fáctica, que colisione con una nueva norma imperativa.

Tal es el ejemplo de ciertas definiciones o conceptos incluidos en diversos instrumentos jurídicos internacionales, que han servido para otorgarles fuerza vinculante propia. Es por ello que es posible afirmar que “un texto que sólo contenga definiciones puede ser considerado un tratado internacional.”<sup>29</sup> Aquí, resulta oportuno mencionar la definición que la normativa internacional suministra en torno a diversos crímenes de trascendencia universal,<sup>30</sup> los cuales son el resultado o reacción inequívoca de la comunidad internacional a fatales acontecimientos de gran envergadura. Lo mismo sucede con las disposiciones contenidas en el artículo 2.1 párrafo b) de la CVDT y los artículos 53 y 64 de la CVDT relativas al Derecho de Tratados entre algunas otras<sup>31</sup>, las cuales, por sí solas, poseen el valor jurídico necesario para generar derechos y obligaciones en un determinado ordenamiento jurídico.

#### **A. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE POSEER UNA NORMA PARA SER CONSIDERADA “TRATADO” CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL**

De todo lo antes expuesto, podemos concluir que un Tratado se conforma como tal, cuando posea las siguientes características:

---

<sup>29</sup> Cfr. BARBERIS, J., *op. cit.*, p. 22.

<sup>30</sup> En relación con esta cuestión, debemos examinar, entre otros, los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio (que es el mismo artículo 6 del Estatuto de Roma); y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra sobre conflictos armados no internacionales, todos los cuales recogen definiciones sobre crímenes de trascendencia universal.

<sup>31</sup> En este sentido, cabe mencionar las definiciones relativas a la delimitación territorial, expuestas en el artículo 3, 8 y 17-19 de la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua y artículo 2, 55 y 76 de la Convención de Derecho del Mar. Igualmente, otro ejemplo relativo al tema lo podemos encontrar en las definiciones de aquellos individuos que representan a su Estado ante el territorio de otro -llamado Estado receptor-, como son las contenidas en el artículo 1 de la Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas y el artículo 1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

- a. que el tratado sea concertado válidamente por dos o más sujetos de Derecho Internacional con capacidad suficiente para ello;
- b. que exista una manifestación de voluntad;
- c. que esta manifestación voluntaria sea común de las partes, es decir, que se dirija al mismo objeto; y
- d. que este objeto consista en crear derechos y obligaciones

En este sentido, conviene indicar que “un tratado o alguna de sus cláusulas pueden limitarse a otorgar ciertos derechos o facultades a un tercer Estado o a una organización internacional, o pueden imponerles obligaciones. Estas cláusulas poseen verdaderamente carácter convencional aunque no modifiquen la situación jurídica existente de las Partes contratantes entre sí.”<sup>32</sup>

Como consecuencia de lo anterior, parece que es suficiente con que las partes creen derechos y obligaciones de manera soberana y absoluta para que un acuerdo pueda ser denominado Tratado y, consecuentemente, ser regulado por la CVDT. Sin embargo, para el artículo 53 y 64 de la CVDT será indiferente la forma jurídica que adopte en el Derecho Internacional o el Derecho interno tal actuación, en el caso de que el *objeto y fin* del Tratado sea inválido desde su inicio -art. 53 CVDT-<sup>33</sup> (esta nota no está) o que contradiga una norma imperativa que ha nacido con posterioridad -art. 64 CVDT-.

El respeto a las normas imperativas es lo que reafirma la legitimidad de una norma por encima de la legalidad de la misma. Así pues, todo acuerdo debe ser no sólo legal, sino también, legítimo. ¿Cómo se adquiere dicha cualidad? Fundamentalmente, a través del respeto que debe existir para con las normas imperativas. Siendo así las cosas, debemos añadir una última característica:

- e. que las obligaciones y los derechos creados por el Tratado sean lícitos y legítimos

---

<sup>32</sup> Cfr. BARBERIS, J., “El Concepto de Tratado Internacional”, *op. cit.*, p. 21.

La necesidad de cumplir con las normas imperativas se deduce del artículo 53 de la CVDT, el cual afirma que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general.” A este respecto, debemos añadir que el artículo 64 dispone que “si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo Tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

Así pues, aunque los Estados puedan asumir recíprocamente determinado tipo de conductas que violenten el derecho imperativo, sus actuaciones quedarán limitadas por las normas de *ius cogens*, no pudiendo apoyarse “en la excusa de que se trata de un convenio no obligatorio o no regido por el derecho de gentes.”<sup>34</sup>

## **2. OTROS INSTRUMENTOS QUE NO PUEDEN SER CONSIDERADOS TRATADOS CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL**

Es importante subrayar, que existen actos con base convencional que no pueden ser considerados como Tratados, puesto que no reúnen las características arriba esbozadas.<sup>35</sup> Nos referimos, tal y como indica el artículo 3 de la CVDT, a la siguiente clase de convenios: (i) acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros miembros de la comunidad internacional; (ii) acuerdos celebrados entre esos otros miembros de la comunidad internacional distintos a los Estados y/o a las Organizaciones Internacionales; (iii) y acuerdos internacionales no celebrados por escrito.

---

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 25.

<sup>35</sup> Véase en este sentido, las opiniones disidentes conjunta de los jueces Spencer y Fitzmaurice en el asunto *South West Africa Cases*, quienes expresaron lo siguiente: “Although we are satisfied that the Mandate is not a treaty or convention, in force as such, we recognize, as we have already indicated, that the Mandate had a certain background of consent, as indeed it had to have. We cannot, in recognizing this, do so for the reasons, or with the consequences, adduced in support of the Applicants' contentions. A view which, in the face of most of the evidence, asserts that the Mandate was a treaty, and then seeks to discount the resulting difficulties on the ground that this treaty was *sui generis* or was not an ordinary agreement, confesses it seems to us a lack of cogency. The same may be said of a view which holds the Mandate to be in force today as a treaty or convention, but which is unable to indicate who are now the parties to this treaty or convention, apart from the Mandatory; or which, on the same plea of it being a special case, argues that it is immaterial whether there are any parties or not; or which again, in disregard of legal principle, postulates for certain States a right they only had in a capacity they have lost.” *Cfr.* CIJ, *South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, 1962, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, p. 504

Teniendo en cuenta la referida disposición legal, “(...) los convenios celebrados por las organizaciones internacionales no gubernamentales con los Estados o con organismos intergubernamentales no son Tratados. Tampoco lo son los acuerdos celebrados entre el Estado y las Iglesias evangélicas (*Staatskirchenverträge*), principalmente en la República Federal de Alemania. No son tampoco Tratados los convenios que suscribe la Soberana Orden Militar de Malta con asociaciones privadas de beneficencia, ni los acuerdos que suscriben entre sí los distintos órganos de la Cruz Roja Internacional.”<sup>36</sup>

En cuanto a los acuerdos celebrados entre un sujeto de Derecho Internacional (sea Estado u organización internacional) y un individuo o una corporación, debemos señalar que éstos no son Tratados, sino contratos internacionales regulados por un régimen jurídico especial, cuya regulación -en la mayoría de los casos- vendrá determinada por las normas internas de alguna de las partes del contrato.<sup>37</sup>

En línea con lo anterior, tampoco “están comprendidos (...) en la esfera del Derecho Internacional los acuerdos que pudieran celebrar los Gobiernos por sí mismos y no en representación de los Estados. No hay aquí un tratado internacional porque un Gobierno no es un sujeto del derecho de gentes, sino simplemente un órgano de un sujeto internacional. Los sujetos son los Estados y, por lo tanto, sólo puede haber un tratado entre ellos.”<sup>38</sup> Consecuentemente, los acuerdos entre partidos políticos pueden ser considerados como Tratados internacionales si se interpreta, según la realidad vigente, que el partido es un órgano del Estado.

Tampoco son Tratados cuando dos sujetos de Derecho Internacional “adoptan determinadas conductas sólo en base a reciprocidad, sin que exista un convenio entre ellos. Así, por ejemplo, un Estado puede dictar ciertas medidas legislativas respecto de los nacionales de un Estado extranjero que se encuentran en su territorio debido a que este último ha dictado medidas semejantes en favor de los nacionales del primero. En este caso, se trata de dos legislaciones paralelas, pero no de un tratado. Esta práctica es relativamente común en el orden internacional y tiene lugar tanto entre Estados como entre

---

<sup>36</sup> Cfr. BARBERIS, J., *op. cit.*, p. 17.

<sup>37</sup> Vid. CPJI, *The Payment Of Various Serbian Loans Issued In France*, Judgment, Serie A, Núm. 20, 1929, p. 41.

<sup>38</sup> Cfr. BARBERIS, J., “El Concepto de Tratado Internacional”, *op. cit.*, p. 17

organizaciones internacionales.”<sup>39</sup> Lo mismo “ocurre también con esas ‘declaraciones conjuntas’ que se suelen firmar con motivo de la visita oficial a un país del Presidente, del Primer Ministro o del Ministro de Asuntos Exteriores de otro Estado.”<sup>40</sup> Por último, también deben ser descartados de la definición de Tratados aquellos acuerdos que no contengan obligaciones, sino “(...) meras cláusulas potestativas, esto es, cuyo cumplimiento queda enteramente librado a la voluntad del obligado (...)”<sup>41</sup>.

¿Quiere decir esto que las normas imperativas no controlan ni regulan las actuaciones anteriores al no quedar subsumidas bajo el ámbito aplicativo del artículo 2.1 de la CVDT? ¿Es posible que los artículos 53 y 64 de la CVDT sean ignorados en tales circunstancias? En el próximo epígrafe se da una clara respuesta a todos estos interrogantes.

## **II. EL ALCANCE NORMATIVO DEL *IUS COGENS* PARA REGULAR TRATADOS, OTROS ACUERDOS NO COMPRENDIDOS EN LA CVDT Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN**

No hay discusión alguna sobre el hecho de que los artículos 53 y 64 de la CVDT controlan las disposiciones de los Tratados. Sin embargo, sí surge cierta polémica a la hora de determinar si las normas imperativas pueden dirigir otro tipo de conductas. En efecto, cuando los artículos 53 y 64 de la CVDT enuncian únicamente la figura de “Tratados”, algunos han asumido, en lo que entendemos es una interpretación irrazonablemente restrictiva sobre el *ius cogens* y reflejo de su incomprensión, que no es posible trasladar los efectos del *ius cogens* -nulidad o terminación- a otros instrumentos diferentes de los Tratados -e.g. actos emanados de organizaciones internacionales.-<sup>42</sup>

Para iniciar nuestra argumentación, recordemos que el artículo 3 de la CVDT establece de forma clara que existen acuerdos no comprendidos en el ámbito de la CVDT. Sin embargo, claramente afirma que tal situación “(...) no afectará: a) al valor jurídico de tales acuerdos; b) a la aplicación a los mismos de

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>42</sup> *Vid.* MARTENCZUK, B.: “The Security Council, The International Court and Judicial Review: What Lesson from Lockerbie” en *EJIL*, Vol. 10, Núm. 3, 1999, pp. 545-546.

cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de esta Convención; c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de Derecho Internacional”.

Partiendo de esta base, queda claro que, al menos en lo que respecta al alcance de las normas imperativas, el artículo 3 de la CVDT no posee límites y deberá ser evaluado conforme a las disposiciones del artículo 53 y 64 de la CVDT, aunque el acto o hecho en cuestión no pueda ser identificado como un “Tratado” en los términos de la CVDT. Asimismo, las normas imperativas son capaces de invalidar no sólo las disposiciones consentidas en los Tratados, sino también aquellas generadas al albor de la costumbre internacional.<sup>43</sup> Por lo tanto, será objeto de terminación o nulidad todo Tratado, otros acuerdos no comprendidos en la CVDT y otras formas de actuación -como lo es la costumbre- cuando se opongan a una determinada norma imperativa.

Pese a lo establecido en el párrafo anterior, debemos apuntar que algunos han afirmado que la Carta ONU no está sujeta al control de los artículos 53 y 64 de la CVDT. En el siguiente apartado procederemos, pues, a evaluar tal afirmación (1), para luego pasar a desarrollar los criterios que deben regir los actos y actuaciones no consideradas como Tratados conforme a la CVDT (2).

### **1. LA CARTA ONU Y SU RELACIÓN CON EL *IUS COGENS*: ¿UNA POSIBLE EXCEPCIÓN A LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS?**

Como cualquier Tratado, la Carta ONU debe respetar el *ius cogens* y, por tanto, su sujeción a los efectos causados por los artículos 53 y 64 de la CVDT es incuestionable. Sin embargo, las disposiciones del artículo 103<sup>44</sup> de la Carta ONU parecen poner en tela de juicio la afirmación anterior. En otras palabras, dicho instrumento internacional parece contradecir la prevalencia del *ius cogens* en la medida en que existe una especie de exoneración de responsabilidad de ciertos actores -o, haciendo acopio de la

---

<sup>43</sup> Vid. JANIS, M. W. (1989): *An Introduction to International Law*, Aditya Books, India, pp. 53-54.

<sup>44</sup> El artículo 103 de la Carta ONU dispone lo siguiente: “Art. 103.- En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

terminología utilizada por el Proyecto CDI Estado (2001), una “circunstancia que excluye la ilicitud”- cuando actúan al margen de las normas imperativas. Por las consecuencias que conlleva tal hipótesis, debemos exponer las premisas en las que se fundamentan las disposiciones legales que nos ocupan, determinando si existe o no una exclusión de ilicitud cuando, actuando con ocasión a la Carta ONU, se vulneraran normas de *ius cogens*.

Para iniciar nuestra explicación, es menester resaltar que el mencionado artículo 103 de la Carta ONU representa la solución a un conflicto de normas sobre la base de un principio de jerarquía o prevalencia -dentro del *ius dispositivum*- de la referida Carta frente a cualquier otro Tratado. Esta disposición, tiene como única función determinar cuál será la disposición aplicable en aquellas situaciones donde se contrapongan obligaciones emanadas de la Carta ONU y de otro acuerdo internacional.

En efecto, cuando ante un juez surja un *controversia*<sup>45</sup> en el cual existan dos o más obligaciones internacionales que impliquen la aplicación, al menos, de algún artículo de la Carta, habrá que acudir al citado artículo 103 de la Carta ONU, pese a que la referida disposición legal no establece el procedimiento a seguir ni las consecuencias de tal debate -a diferencia de lo que estipulan los artículos 53 y 64 de la CVDT-.

Por tanto, en caso de conflicto de normas, el juez si bien cumplirá lo estipulado en la Carta ONU, se deberá auxiliar o apoyar en la CVDT. Es por esto que, además de la naturaleza tridimensional del *ius cogens* - no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación- a la cual nos referiremos más adelante,<sup>46</sup> el artículo 103 de la Carta ONU no es más que una provisión de un Tratado (como lo es la Carta ONU) que, incluso podría ser en un futuro modificada. Por esto, la Carta ONU no tendría capacidad de condicionar la operatividad de una nueva norma imperativa.

---

<sup>45</sup> En el asunto *The Mavrommatis Palestine Concessions*, la CPJI definió “controversia” como “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista o de intereses entre dos personas.” La traducción es nuestra. Cfr. CPJI, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Series A, Núm. 2, 1924, p. 11.

<sup>46</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, II, 2.A: *La naturaleza tridimensional del ius cogens: no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación*.



Razonar del modo contrario sería aceptar que un acuerdo *inter se* o cualquier obligación internacional emanda de la Carta ONU -como podría ser las impuestas por el CSNU quien, por demás, es un órgano político de referdio organismo- prevalecería frente a una norma de *ius cogens*. Incongruente e incomprensible sería asumir esto como una posibilidad, puesto que si puede ser derogada por un acuerdo *inter se*, no es una norma de *ius cogens*; y, *a fortiori*, si es imperativa no puede ser derogada.

En consonancia con nuestra posición, en el asunto *Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1993), el juez Lauterpacht, durante la fase de valoración de medidas provisionales, puntualizó que “[l]a liberación que puede dar el artículo 103 al Consejo de Seguridad con ocasión a una decisión y una obligación operativa del Tratado no puede -como una simple cuestión de jerarquía de normas- extenderse a un conflicto entre una Resolución del Consejo de Seguridad y el *ius cogens*.”<sup>47</sup>

Ahora bien, en casos extremos, consideramos válido hacer uso del llamado *principio de aplicación aproximada* en virtud del cual, en caso de imposibilidad material de aplicación literal de dos obligaciones internacionales como las que nos ocupan, y representando tal inaplicación una exoneración o un beneficio a alguna de las partes, deben ser aplicadas las obligaciones conforme al *objeto y fin* del/de los instrumento(s) que las contengan.<sup>48</sup> Al interpretar tales obligaciones y buscar una solución salomónica en la medida de lo posible, lo que se está haciendo es precisamente lograr su operatividad sin cambiar la naturaleza de ambos instrumentos internacionales.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) The concept of jus cogens operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot - as a matter of simple hierarchy of norms - extend to a conflict between a Security Council resolution and jus cogens. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus - that a Security Council resolution may even require participation in genocide - for its unacceptability to be apparent.” Cfr. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, p. 3, *Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht*, p. 325, p. 440, § 100; Vid. *International Law Association, Third Report Consolidated, Revised and Enlarged Version of Recommended Rules and Practices (“RRP-S”)*, Committee on Accountability of International Organizations, *Co-Rapporteur*: Shaw, M. y Wellens K., New Delhi Conference, 2002, p. 13.

<sup>48</sup> Vid. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, p. 53, §§ 75-76.

<sup>49</sup> El texto original estipula lo siguiente: “It is a sound principle of law that whenever a legal instrument of continuing validity cannot be applied literally owing to the conduct of one of the parties, it must, without allowing that party to take advantage of its own conduct, be applied in a way approximating most closely to its primary object. To do that is to interpret and to give effect to the instrument - not to change it.” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Admissibility of hearings of petitioners by the Committee on South West Africa*, Advisory Opinion, 1956, separate opinion of Sir Hersch Lauterpacht, p. 46.

En el ámbito de los derechos humanos, se ha reconocido dicho principio, pero sobre el criterio de *interpretación teleológica* de la CVDT. Así, ha indicado la Corte IDH lo siguiente:

“Los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, sin apartarse de los cánones de la regla general de interpretación de los Tratados (Art. 31(1) de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969 y 1986), han desarrollado una interpretación teleológica, con énfasis en la realización del objeto y fin de los Tratados de derechos humanos, como la más apropiada para asegurar una protección eficaz de dichos derechos. Al fin y al cabo, subyacente a la mencionada regla general de interpretación estipulada en las dos Convenciones de Viena (Art. 31(1)), encuéntrase el principio, con amplio respaldo en la jurisprudencia, según el cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios (el llamado *effet utile*). Este principio - *ut res magis valeat quam pereat*, - mediante el cual la interpretación hay que propiciar efectos apropiados a un tratado, ha, en materia de derechos humanos, asumido particular importancia en la determinación del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección.”<sup>50</sup>

A raíz de lo anterior, es natural considerar que la intención de la CVDT no es rebatir la Carta ONU o viceversa sino que, en caso de conflicto entre una y otra, el juzgador deberá buscar una fórmula que permita la aplicación conjunta del artículo 64 de la CVDT y el artículo 103 de la Carta ONU. Como ha indicado la doctrina, existe un “vínculo sustancial”<sup>51</sup> no expreso entre las normas de *ius cogens* y la Carta ONU que no puede ser obviado.

En la práctica, reconocemos que los intereses de los Estados que conforman y dominan la referida organización, impiden llegar a la mencionada solución. Claramente, el pragmatismo reinante, gana de nuevo la batalla y condiciona la operatividad de la figura objeto del presente estudio.

<sup>50</sup> [Subrayado nuestro] Cfr. Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 50; Vid. Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras*, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 39.

<sup>51</sup> Cfr. DUPUY, P.: “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited” en *Max Planck Y.B.*, Vol. 1, 1997, p. 11.

## 2. EL CONTROL DE LAS NORMAS IMPERATIVAS A LOS ACTOS UNILATERALES Y LOS HECHOS JURÍDICOS

Nos resta ahora evaluar si otros instrumentos o actos no incluidos en la tradicional definición de Tratados, pueden ser controlados y sancionados por las normas imperativas. Para evaluar tal posición, hemos decidido partir de la siguiente pregunta: de ser válida tal afirmación, ¿no podrían entonces ser terminados actos y hechos no indentificados como Tratados si en un momento dado vulneran una norma imperativa de Derecho Internacional? Para responder válidamente a esta cuestión es necesario delimitar las figuras del Derecho Internacional en las que podrían enmarcarse tales actos y hechos y, posteriormente, evaluar el alcance normativo de los artículos 53 y 64 de la CVDT con el propósito de determinar si finalmente resultan o no aplicables. A continuación las desglosamos como (A) actos jurídicos unilaterales y (B) hechos jurídicos.

### A. LOS ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES Y SU RELACIÓN CON EL *IUS COGENS*

Resulta apropiado subrayar que los actos unilaterales, los cuales han sido examinados desde hace décadas por la doctrina internacional<sup>52</sup> y por los tribunales internacionales<sup>53</sup>, pueden comprometer jurídicamente al Estado y ser oponibles a él, independientemente de la forma en que se realizaron, siempre

---

<sup>52</sup> Vid. ANZILOTTI, D. (1929): *Cours de droit international*, París, Sirey ; Vid. VENTURINI, G.: “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux en droit international public” en *RCADI*, Vol. 112, 1964-II, pp. 363-467; Vid. BISCOTTINI, G. (1951): *Contributo alla Teoria degli Atti Unilaterali nel Diritto Internazionale*; Vid. DEGAN, V.: “Acte et norme en droit international public” en *RCADI*, Vol. 227, 1991-II, pp. 357-418; Vid. DEGAN, V.: “Unilateral Acts as Source of Particular International Law” en *FYIL*, Vol. 5, 1994, pp. 149-266; SUY, E. (1962): *Les Actes juridiques unilatéraux en droit international public*, LGDJ, París, 1962, 290 p.; Vid. GUGGENHEIM: “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux” en *RCADI*, Vol. 74, 1949-1, pp. 191-268; Vid. CAHIER: “Le comportement des États comme source de droits et d'obligations” en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 237-265; Vid. BARBERIS, J.: “Los actos jurídicos unilaterales como fuente de Derecho Internacional público” en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Ed. Tecnos, Madrid, 1963, pp. 101-116; Vid. VILLAGRAN KRAMER: “Les Actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale” en *Le Droit International à l'aube du XIXe siècle: Réflexions de codificateurs*, Nueva York, UN, 1997, pp. 137-161; Vid. MIAJA DE LA MUELA, “Los actos unilaterales en las relaciones internacionales” en *REDI*, Vol. 19, 1967, pp. 429-464. Además, el tema de los actos unilaterales fue propuesto por la CDI a la AGNU en 1996. Vid. CDI, 1996, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, p. 107, §248 y anexo II; Vid. CDI, quincuagésimo primero periodo de sesiones, Suplemento Núm. 10 (A/51/10), pp. 357-359, §249

<sup>53</sup> Vid. CPJI, *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, Serie A/B, Núm. 53, 1933, pp. 36-37, 57-58 y 69-73; Vid. CIJ, *Nuclear Tests (Australia vs. France)*, Judgment, 1974, p. 253, §§ 34-51; CIJ, *Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*, Judgment, 1974, p. 457, §§ 35-53; Vid. CIJ, *Frontier Dispute (Burkina Faso vs. Republic of Mali)*, Judgment, 1986, p. 554, §§ 38-40; Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 14, §§ 167-171 y 257-262.

que el contenido de los mismos sea claro, que su objeto sea preciso y que goce de cierto grado de notoriedad.<sup>54</sup>

La trascendencia de dichos actos se aprecia en el primer informe del relator especial de la CDI sobre el tema (1997),<sup>55</sup> donde se pretendió determinar la existencia de actos estatales de carácter unilateral que producen efectos jurídicos en el plano internacional pero que, obviamente, no se encuentran regulados por el Derecho de los Tratados. Por esta especial naturaleza, merecían la elaboración de reglas específicas para regular su funcionamiento.<sup>56</sup>

Conforme al *Proyecto de Artículos Sobre Actos Unilaterales de los Estados* (2006), la CDI define los actos unilaterales *stricto sensu* como aquéllos que “adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional.”<sup>57</sup> La definición se completa en el Principio 1 que señala que se trata de “declaraciones formuladas públicamente por las que se manifiesta la voluntad de obligarse que podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas.”<sup>58</sup> Así las cosas, vemos que “[l]a CDI recoge en su definición los elementos principales o constitutivos de la misma: manifestación de voluntad de un sujeto de derecho internacional (individual o colectivo), intención de producir efectos jurídicos, del conocimiento del destinatario -sea un sujeto de derecho internacional o la comunidad internacional en su conjunto- y de conformidad con el derecho internacional.”<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Vid. CIJ, *Nuclear Test (Australia vs. France; New Zealand vs. France)*, 1974, §§ 42-60; Vid. CIJ, *Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*, Judgment, 1974, §§ 45-63.

<sup>55</sup> Vid. Informe del Grupo de Trabajo, en el “Capítulo IX. Actos unilaterales” del Informe de la CDI a la AGNU sobre el trabajo en su cuadragésimo noveno periodo de sesiones, 1997, VS.A/CN.4/486.

<sup>56</sup> Uno de los principales argumentos utilizados para negar la existencia de los actos unilaterales, es que estos actos siempre resultan o se traducen en una relación bilateral. Si bien esto es cierto, pues no hay acto unilateral que no produzca una relación bilateral, lo que los caracteriza es la unilateralidad en su elaboración, su aplicación, así como en los efectos jurídicos que produce. Este enfoque, propuesto por el relator especial y adoptado por la CDI nos parece el adecuado para tratar el tema. Esta fue una de las características esenciales de los actos unilaterales que señaló el Grupo de Trabajo. *Ibidem* No estamos hablando aquí de actos jurídicos unilaterales del Estado que no pueden producir efectos en el ámbito internacional. Como de la Ley Helms Burton que si bien es unilateral, interna e incuestionablemente jurídica, no puede surtir efectos en el plano internacional.

<sup>57</sup> Cfr. CDI, Preámbulo de los Principios Rectores, 2006, último párrafo.

<sup>58</sup> Véase también las anteriores definiciones propuestas y las discusiones suscitadas en torno a ellas. Vid. CDI, *Primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados*, 1998, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, § 170; Vid. CDI, *Segundo informe sobre los actos unilaterales de los Estados*, A/CN.4/500 y Add.1, 1999

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ CEDEÑO, V.: “De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido” en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Núm. 1: 89-106, Bogotá, 2008, p. 91.

Sin duda, un Estado puede ser responsable internacionalmente por la violación de un acto unilateral que le sea imputable y que ha sido formulado conforme a las exigencias de validez establecidas. Dicho esto, es necesario preguntarse lo siguiente: ¿cuáles son las condiciones de validez de un acto unilateral? Básicamente, habrá que analizar la licitud de su objeto, la cual viene dada por el respeto a la norma imperativa.<sup>60</sup>

Siendo así las cosas, es importante recalcar que en este ámbito quedan excluidos los actos subsumidos bajo la esfera convencional y que se encuentran sujetos a las normas sobre el Derecho de los Tratados, recogidas fundamentalmente en la CVDT (1969). Entre los ejemplos que podríamos mencionar como actos unilaterales, cabría hablar de la firma, la ratificación, el depósito e incluso las reservas y las declaraciones interpretativas.

Debemos aclarar, sin embargo, que la jurisprudencia ha sido poco coherente en cuanto a la posibilidad de otorgar un carácter vinculante a los actos jurídicos unilaterales. Esta clara divergencia de criterios, incluso en un mismo tribunal, puede verse en decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, la “Corte Permanente” o la “CPJI”) y CIJ. En efecto, la CPJI en el asunto *Legal Status Of Eastern Greenland (1933)* así como la CIJ en los asuntos *Nuclear Tests (Australia vs. France) (1974)* y *Nuclear Tests (New Zealand vs. France) (1974)*, reconoció el valor jurídico vinculante a los actos unilaterales evaluados en dichas controversias.<sup>61</sup> Por el contrario, en los asuntos *Frontier Dispute (Burkina Faso vs. Republic of Mali) (1986)* y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America) (1986)*, la CIJ concluyó que los actos en cuestión eran políticos y, por tanto, estaban desprovistos de toda fuerza jurídica vinculante.<sup>62</sup> Estos casos

---

<sup>60</sup> La doctrina en general comparte esta opinión. Así se pone de manifiesto a continuación: “lorsque (...) l'acte postérieur est contraire aux normes antérieures, revêtues du caractère de jus cogens, la Cour est obligée de laisser hors application, comme étant absolument nul (...)”, Cfr. VERZIJL, J. H. W.: “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux” en *Revue de Droit International*, t. XV, 1935, pp. 321-322. En el mismo sentido se expresa Barberis. Vid. BARBERIS, J., “Los actos jurídicos unilaterales como fuente de Derecho Internacional público”, *op. cit.*, p. 112.

<sup>61</sup> Vid. CPJI, *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, Serie A/B, Núm. 53, 1933, pp. 36-37, 57-58 y 69-73; Vid. CIJ, *Nuclear Tests (Australia vs. France)*, Judgment, 1974, p. 253, §§ 34-51; Vid. CIJ, *Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*, Judgment, 1974, p. 457, §§ 35-53.

<sup>62</sup> Vid. CIJ, *Frontier Dispute (Burkina Faso vs. Republic of Mali)*, Judgment, 1986, p. 554, §§ 38-40; Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 14.

demuestran, pues, la valoración fáctica y, en ocasiones, el amplio alcance de interpretación que disponen los jueces en este ámbito.

Sumado a esto, pese a existir una fuerte relación entre el Derecho de los Tratados y los principios aplicables a los actos unilaterales, existen también importantes diferencias que inciden en las normas aplicables a cada categoría. En efecto, como principal coincidencia está que bien ambas son manifestaciones de voluntad con la intención de producir efectos jurídicos lo que permite que algunas reglas del derecho convencional le sean aplicables; pero su indiscutible diferencia está en que el Tratado constituye una concertación de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional mientras que el acto unilateral resulta una manifestación de voluntad autónoma de un Estado –o de varios si se trata de un acto unilateral de origen colectivo- que se formula sin la participación de otro.<sup>63</sup>

En este mismo orden, la CDI reconoció la indudable referencia que, al menos como Tratado, la CVDT representa para dichos actos. Así fue indicado por la CDI al indicar que el Derecho de los Tratados vigente ofrece “(...) un útil punto de partida y una guía”<sup>64</sup> (CDI, 1996) y “directrices útiles”<sup>65</sup> (CDI, 1997) que podría servir de referencia para abordar las normas relativas a los actos unilaterales, pero “(...) ello no significa que las normas del Derecho de los Tratados puedan transponerse sencillamente a los actos unilaterales habida cuenta de la naturaleza distinta de los tratados y de actos unilaterales.”<sup>66</sup>

Como resultado de este análisis, ¿es posible de aplicar el artículo 53 y 64 de la CVDT a los actos unilaterales? Si partimos de la premisa de que si hablamos de los artículos 53 y 64 de la CVDT como simples normas convencionales, extrapolar los derechos y obligaciones que estos recogen al régimen de los actos unilaterales sería conflictivo. Sin embargo,

En cualquier caso, el punto clave en este tema es el siguiente: si bien pueden existir criterios fácticos que un juez podrá considerar para delimitar si los actos jurídicos unilaterales que se cuestionan

---

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ CEDEÑO, V.: “De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido” en *ACDI*, Bogotá, Núm. 1: 89-106, 2008, p. 91.

<sup>64</sup> CDI, Primer Informe sobre Actos Unilaterales de los Estados (Doc. A/CN.4/486), 1996.

<sup>65</sup> CDI, Segundo Informe sobre Actos Unilaterales de los Estados (Doc. A/CN.4/500 y Add.1), 1997, p. 373.

<sup>66</sup> CDI, Informe del Grupo de Trabajo presidido por Enrique Candioti, 49º período de sesiones.

tienen o no valor jurídico, en materia de normas imperativas será indiferente. En virtud de ello, todo acto - sea político o que no está regulado por el Derecho de los Tratados-, quedará controlado por el Derecho Internacional en la medida en que las normas imperativas no son simples normas convencionales. Ello implica que podrá sancionarse con la nulidad o terminación cualquier acto, incluso el que presente un carácter preparatorio, que contemple su ejecución infringiendo el *ius cogens*.<sup>67</sup> Así pues, un acto unilateral contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional será nulo o terminará de acuerdo con lo establecido en el párrafo 8 de los *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y sus comentarios*.<sup>68</sup>

## B. LOS HECHOS JURÍDICOS Y SU RELACIÓN CON EL *IUS COGENS*

Las mismas consecuencias jurídicas que se contemplan para aquellos Tratados o actos jurídicos unilaterales que contravengan una norma imperativa, se extienden a los hechos jurídicos: esto es, la nulidad o terminación. En efecto, aunque los hechos jurídicos no se enmarcan dentro de la figura de actos unilaterales, también están regulados por el Derecho Internacional, los cuales serán identificados como fuente de derecho en la medida en que pueda crear, modificar o extinguir un derecho. El razonamiento es, básicamente, que el incumplimiento de una norma imperativa mientras se efectúa un hecho cualquiera conlleva la necesidad de dar por terminada dicha actuación, siempre que produzca efectos perjudiciales a alguien.

Así pues, cabría preguntarse lo siguiente: para que pueda ordenarse la nulidad o terminación por contrariar una norma imperativa, ¿debe la actuación producir efectos perniciosos a una parte distinta de las implicadas? Esta es una pregunta interesante y no es solo un supuesto académico, puesto que, a nuestro

---

<sup>67</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1980): *El Derecho internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 81.

<sup>68</sup> El citado párrafo 8 indica lo siguiente: “8: Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.” Cfr. CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/L.703, Vol. II, segunda parte, 2006. Esto también había sido recogido en el artículo 5.6 del *Proyecto de Artículos Sobre Actos Unilaterales de los Estados* cuando afirmaba que “[u]n Estado podrá invocar la nulidad absoluta de un acto unilateral formulado por uno o varios Estados si dicho acto unilateral, en el momento de su formulación, está en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional.”. RODRÍGUEZ CEDEÑO, V. y GUERRERO PENICHE, N.: “Los Actos Unilaterales de los Estados en Derecho Internacional: Los Trabajos de Codificación en la Comisión de Derecho Internacional” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 3: pp: 195-224, 2003, p. 222

entender, podría darse la situación de que un actor de la comunidad internacional realice hechos (por acción u omisión) que tiendan a provocar unos efectos específicos y particulares contra sí mismos con el fin de lograr unas consecuencias específicas. Tal es el caso del Estado que deja de realizar, de manera voluntaria, ciertas actuaciones que eran necesarias para mantener su unidad o integridad territorial, con el fin de formar parte de otro país.

Vale aclarar aquí que parece difícil que en caso de un hecho jurídico, el artículo 53 de la CVDT aplique con el fin de anular de forma retroactiva lo acontecido, puesto que es imposible hacer desaparecer hechos del pasado. Por ello, al hablar de hechos jurídicos parecería necesario referirnos solamente al artículo 64 de la CVDT. Sí reconocemos, por el contrario, que los efectos contrarios a la norma imperativa, específicamente los derechos nacidos y las obligaciones contraídas, podrían desaparecer de forma retroactiva.

Por último y sin perjuicio de lo que expondremos más adelante, en el supuesto de hechos jurídicos no será necesario que sea emitida una decisión para que la conducta infractora de la norma imperativa termine, sino que solo se requerirá que cese el hecho. En suma, todo acuerdo distinto a Tratado, acto jurídico unilateral y hecho jurídico que se contraponga a una nueva norma imperativa, debe ser terminado. Siendo así las cosas, cabe afirmar que el rango de actuación y de respeto del *ius cogens* va más allá del mero foco del Derecho de los Tratados.<sup>69</sup> Consecuencia de todo ello, al referirnos a lo largo de este trabajo al término “Tratados” y su relación con las normas imperativas, deberá entenderse de la manera más amplia y no limitarse a la tradicional definición de “Tratado” dada en la CVDT.

---

<sup>69</sup> Vid. JENNINGS, R. Y.: “General Course on Principles of International Law” en *RCADI*, Vol. 121, 1967, p. 564; Vid. SUY, E.: “The concept of jus cogens in international law” en *Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Greece)*, April 3-8, 1966, Papers and Proceedings, 1967, p. 75; Vid. DUGARD, J.: “Recognition and the United Nations” en *Hersch Lauterpacht Memorial Lectures - III*, Grotius Publications, Cambridge, 1987, p. 142; Vid. CRAWFORD, J. (1979): *Creation of States in International Law*, Clarendon Press, Oxford, p. 82.



### III. LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*, LOS TRATADOS Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO INTERNO: DEL IDEALISMO A LA PRÁCTICA

La recepción del Derecho Internacional puede agruparse en las dos tradicionales<sup>70</sup> teorías que explican la manera en que las fuentes de Derecho Internacional se hacen exigibles y justiciables en el ordenamiento jurídico interno: las denominadas *teoría monista*<sup>71</sup> y *teoría dualista*.<sup>72</sup> En cualquiera de estas se admite sin cuestionamientos que “el Derecho Internacional no impone ningún sistema, pero queda claro que el escogido por cada Estado nunca podrá ser invocado como justificación para el incumplimiento de

---

<sup>70</sup> Desde el año 1899, la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno adquirió una formal connotación, que permitió se originaran estas dos teorías. Este importante conflicto doctrinal, aparece por primera vez en el año 1899 en la obra de Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho internacional y Derecho Interno). Vid. TRIEPEL, C. H. (1920): *Droit international public et Droit interne*, Paris-Oxford, p. 110; Vid. TRIEPEL, C. H.: “Les rapports entre le droit interne et le droit international” en *RCADI*, Vol. 1 : 77-108, 1923, p. 87. Triepel es considerado el fundador de la doctrina dualista. Por lo demás, es una tendencia que había sido anticipada por los constitucionalistas alemanes del siglo XIX, como Jellinek, Laband y Anzilotti. Vid. ANZILOTTI, D. (1905): *Il Diritto internazionale nei giudizi interni*, Bolonia, pp. 37 et seq.; Vid. VERDROSS, A. (1923): *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung [The Unity of the Legal Order on the Basis of the International Constitution]*, Tübingen, p. 59; Vid. JIMENEZ DE ARÉCHAGA, E. “International Law in the Past Third of a Century” en *159 Recueil des Cours*, 1978, p. 311; Vid. MONROY CABRA, M. (1997): *Derecho Internacional Público*, Cuarta ed., Ed. Temis, Colombia, p. 91.

<sup>71</sup> El sistema monista implica integrar las fuentes nacionales con las fuentes internacionales buscando la unidad normativa. De allí que hay que resaltar que, sea cual sea su derivación, no estamos en presencia de dos órdenes jurídicos coordinados, sino que existe un orden jurídico jerárquicamente superior (Derecho internacional) y otro subordinado (Derecho interno) que sirve como simple “delegación” del Derecho Internacional. Esta es la posición de la llamada “Escuela normativista austríaca” en la que se destacan Hans Kelsen y Alfred Verdross. Según Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*. Vid. KELSEN, H.: “Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International” en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, IV, Vol. 14, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1926, pp. 227 et seq; Vid. VERDROSS, A. (1923): *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, op. cit., p. 59. A su vez, el monismo admite dos variantes, a saber: a) *el monismo absoluto*, en virtud del cual los Tratados prevalecen por encima, incluso, de la Constitución política; y, b) *el monismo moderado*, conforme al cual los Tratados están por encima de las leyes internas, pero no por encima de la Constitución. La Constitución es la norma suprema del Estado y se mantiene como tal. Vid. MONROY CABRA, M.: “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional” en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Núm. 1, Bogotá, 2008, p. 108.

<sup>72</sup> La concepción dualista puede ser definida como la existencia de “dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el nacional y el internacional. Ambos ordenamientos tienen fuentes distintas, pues el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados y el Derecho interno las que se presentan entre personas o entre el Estado y sus súbditos. Por tanto, como el Estado es soberano, la validez del orden constitucional es independiente de su conformidad o no con el Derecho Internacional. La consecuencia del incumplimiento de un tratado es hacer al Estado respectivo responsable internacionalmente. Además, tratándose de dos sistemas autónomos, entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación, la norma internacional para recibir aplicación en el orden interno necesita ser transformada o incorporada a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional.” Cfr. MONROY CABRA, M.: “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, op. cit., p. 111.

una obligación internacional.”<sup>73</sup> La operatividad de tal situación aparenta ser una situación distinta y parece que la práctica define de manera clara, fuera de todo idealismo, la teoría que impera de manera universal.

Así pues, evitando divagaciones teóricas que nos alejen del objeto de este trabajo, es fácil concluir que los Estados gozan de cierta libertad a la hora de decidir el modo en el que interactuarán las fuentes de Derecho Internacional -v.g. normas de *ius cogens*- con el Derecho interno y, en nuestro caso, como ello puede influir en la efectiva aplicación del artículo 64 de la CVDT.

Siendo así las cosas, ponemos de relieve las dos posibilidades que se presentan, a saber: (i) la recepción de las normas de *ius cogens*, los Tratados y otras formas de actuación desde la óptica del Derecho Internacional; y (ii) la recepción de las normas de *ius cogens*, los Tratados y otras formas de actuación desde la práctica estatal.

### **1. LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*, LOS TRATADOS Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

La recepción de las normas de *ius cogens*, los Tratados y otras formas de actuación conforme a los parámetros del Derecho Internacional se determinan por medio de la lectura de los artículos 26, 27 y 46 de la CVDT y, fundamentalmente, de los artículos 53 y 64 de este mismo instrumento. Un análisis pormenorizado de todo ello nos lleva a concluir que el Derecho de los Tratados y, en general, el Derecho Internacional, adoptaron una concepción monista “con excepción de una violación manifiesta de una norma fundamental de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar Tratados”<sup>74</sup>. Junto a ello, debemos destacar la jurisprudencia internacional que antecedió<sup>75</sup> y que ha sucedido<sup>76</sup> a la CVDT (1969) en la medida en que también presenta un marcado criterio monista.

---

<sup>73</sup> Vid. NIKKEN, P.: “Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos”, en *XXV Curso Anual Interdisciplinario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 23.

<sup>74</sup> Cfr. MONROY CABRA, M.: “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, *op. cit.*, p. 113.

<sup>75</sup> Vid. CPJI, *S. S. Wimbledon*, Judgment, Serie A, Núm. 1, 1923, p. 29; Vid. CPJI, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Judgment, Serie A, Núm. 7, 1926, p. 19; Vid. CPJI, *The Payment Of Various Serbian Loans Issued In France*, Judgment, Serie A, Núm. 20, 1929, p. 19; Vid. CPJI, *Exchange of Greek And Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2)*, Advisory Opinion, Serie B, Núm. 10, 1925, p. 20; Vid. CPJI, *Legal Status of Eastern*

La aplicación práctica de esta teoría implica que, las “disposiciones del derecho [interno] no pueden prevalecer sobre las de un Tratado”<sup>77</sup> por lo que “un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”<sup>78</sup>, sin que “pued[a] invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los Tratados vigentes.”<sup>79</sup>

Surgen pues, de la citada teoría, obligaciones de naturaleza positiva y otras de naturaleza negativa. En otras palabras, por un lado, se advierte un compromiso de carácter positivo consistente en realizar las modificaciones correspondientes; y, por otro, se aprecian obligaciones de carácter negativo, las cuales procuran evitar la creación de normas que puedan condicionar la operatividad de un Tratado válidamente suscrito.

---

*Greenland*, Judgment, Serie A/B, Núm. 53, 1933, p. 170; Vid. CPJI, *The Free Zones Of Upper Savoy And The District Of Gex*, Judgment, Serie A/B, Núm. 46, 1932, p. 167; Vid. CPJI, *The Greco-Bulgarian “Communities”*, Advisory Opinion, Serie B, Núm. 17, 1930, p. 32; Vid. CPJI, *Treatment Of Polish Nationals And Other Persons Of Polish Origin Or Speech In The Danzig Territory*, Advisory Opinion, Serie A/B, Núm. 44, 1932, p. 24.

<sup>76</sup> Vid. CIJ, *Land and Maritime Boundury between Cameroon and Nigeria (Cameroon vs. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, 2002, p. 303, § 265, p. 430; Vid. CIJ, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, 1988, p. 12, § 57, 34; Vid. CIJ, *Questions of Znterpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, 1992, p. 3, p. 38.

<sup>77</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “In the first place, it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty.” [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Interpretation Of The Convention Between Greece And Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed At Neuilly-Sur-Seine On November 27th, 1919 (Question Of The “Communities”)*, Advisory Opinion, Serie B Núm. 17, 1930, p. 32.

<sup>78</sup> La traducción es nuestra. El texto original stipula lo siguiente: “This clause, however, merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken.” Cfr. CPJI, Serie B, Núm. 10, p. 20.

<sup>79</sup> La traducción es nuestra. El texto original stipula lo siguiente: “It should however be observed that, while on the one hand, according to generally accepted principles, a State cannot rely, ' as against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted, on the other hand and conversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force.” [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech In The Danzig Territory*, Advisory Opinion, Serie A/B Núm. 44, 1932, p. 32.

En definitiva, “(...) la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno del Estado, incluyendo la Constitución, no puede ser aplicada para evadir una obligación internacional.”<sup>80</sup> Ello se deduce del principio recogido en el artículo 27 de la CVDT, a través del cual no puede alegarse una norma interna -aunque sea, incluso, de rango constitucional- para incumplir otra de carácter internacional.

Así pues, para el Derecho Internacional es irrelevante que la infracción se haya originado, por ejemplo, ante la imposibilidad del juez nacional de aplicar directamente un Tratado al no promulgarse la ley apropiada que debía incorporarlo al Derecho interno. Evidentemente, tampoco puede admitirse que el juez nacional ignore directamente el Tratado y omita su aplicación pese a estar autorizado para ello.<sup>81</sup>

Desde una posición conciliadora, la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno debe girar en torno a un *derecho de coordinación*<sup>82</sup>, puesto que si el Derecho Internacional no deroga automáticamente una norma de Derecho interno -y surge una controversia entre ellas-, es posible que esta última -la norma interna- generará responsabilidad internacional para el Estado que incumple con la regulación supranacional, lo que puede traducirse -en algunos casos- en la implementación de las correspondientes sanciones internacionales.

Por lo tanto, en principio, no se podrá justificar el no cumplimiento de una obligación internacional -como la que se deriva del artículo 64 de la CVDT- ante la inexistencia de la legislación interna de turno o ante la falta de habilitación del proceso doméstico oportuno. A lo anterior habría que añadir, además, que toda legislación interna que contraría una norma imperativa debe ser inmediatamente derogada. En efecto “[e]s obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas [de *ius cogens*] ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior. Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales, o al menos de rango constitucional, no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos,

---

<sup>80</sup> Cfr. SHAW, M. (2005): *International Law*, 5 ed., Cambridge University Press, Cambridge, p. 127.

<sup>81</sup> Ello se refiere al poder de *autoejecutividad* que los órganos del poder público doméstico poseen ante normas de carácter internacional (self-executing).

<sup>82</sup> Cfr. WALZ, G. A. (1943): *Esencia del Derecho internacional y crítica de sus negadores*, en Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 388 (traducción de Antonio Truyol Serra); Vid. CDI, Declaración de Yasseen, Yearbook, Vol. I, sesión 683, 20 de mayo de 1963, § 38.

constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas. Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz por apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional: si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a las que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. (...)”<sup>83</sup>. Por lo tanto, ni siquiera la denuncia de un Tratado provocaría el cese de sus efectos y de los compromisos asumidos por el Estado, si en dicho instrumento se han codificado normas imperativas.

Para sustentar esta teoría surge, en años recientes, el criterio de la responsabilidad fiduciaria del Estado y de sus instituciones conforme a la cual se determina que, debido al poder investido en ellos, resulta del todo innecesario determinar expresamente la voluntad que tienen los Estados de hacer justiciable las normas de *ius cogens* en el ordenamiento jurídico interno.

## **2. LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*, LOS TRATADOS Y OTRAS FORMAS DE ACTUACIÓN DESDE LA PRÁCTICA ESTATAL: ¿UN MONISMO SOBERANO O UN DUALISMO IMPERATIVO?**

Partiendo de la definición suministrada por los artículos 53 y 64 de la CVDT, apreciamos que las normas de *ius cogens* se aplican en cualquier sistema jurídico, tanto en su dimensión internacional<sup>84</sup>, como en la dimensión interna de un Estado. A modo de ejemplo, cabe mencionar que muchos países de manera directa -como es el caso de Argentina-<sup>85</sup> o indirectamente -como es el caso de EEUU-<sup>86</sup> han reconocido en

---

<sup>83</sup> GORDILLO, A (2009): *Tratado de Derecho Administrativo* (10ma ed.), p. VI-18.

<sup>84</sup> Como referencia a este criterio de la dimension internacional, podemos notar que ha sido reconocido desde la CPJI, la cual afirmó lo siguiente: “It is an arguable question whether the States who in 1922 signed the Geneva Protocol were in a position to modify. *inter se* the provisions of Article 88, which provisions, as I have already pointed out (supra, Núm. 2), form an essential part of the peace settlement and were adopted not in the interests of any given State, but in the higher interest of the European political system and with a view to the maintenance of peace. (...)” [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion, 1931, Series A/B Núm. 41, p. 37, Individual Opinion by M. Anzilotti, p. 64. Asimismo, véase también Dissenting Opinion by M. Adatci (et al), p. 79. Por ultimo, véaste el vorto del magistrado Moreno Quintana en *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands vs. Sweden)*. Vid. CIJ, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands vs. Sweden)*, Judgment, 1958, p. 55, Individual opinion of Judge Moreno Quintana, pp. 106-107; Vid. SINCLAIR, I. (1984): *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition, Manchester University Press, UK, p. 120.

<sup>85</sup> En este sentido, podemos citar el siguiente criterio de la Corte Suprema de Argentina, la cual afirmó lo siguiente: “15) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un

su régimen doméstico el *ius cogens* y el Derecho Internacional general como base fundamental de su convivencia en el marco de la comunidad internacional.<sup>87</sup>

A pesar de esto, en muchas ocasiones parece que es la Constitución de cada Estado, y no el propio Derecho Internacional, la que garantiza un mayor o menor nivel de operatividad del *ius cogens*. En definitiva, es en las normas constitucionales donde se suele fijar un acercamiento a la doctrina monista o dualista y, a través de ello, se deduce la posición jerárquica que la regulación supranacional ocupa.<sup>88</sup> En efecto, la práctica ha demostrado que cada vez son más los Tratados que, una vez ratificados por los órganos competentes del Estado, prevén su prelación y la de sus normas secundarias o derivadas -incluso en ocasiones por encima de leyes internas-.

Sin embargo, no debemos olvidar que es el Estado el que ha decidido suscribir el Tratado e integrarlo -y en qué jerarquía- en su ordenamiento jurídico interno. En suma, es el que ha aceptado ciertas

---

sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del Derecho Internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por Tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (in re: "Arancibia Clavel" -Fallos: 327:3312- considerandos 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en "Simón"). Cfr. Corte Suprema de Argentina, *Mazzeo, Julio Lilo y otros/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, 13 de julio de 2007, p. 14, §23

<sup>86</sup> Antes que esto, podemos ver que el Congreso de los EEUU dio por terminado en diciembre 11 de 1911 un tratado suscrito con Rusia, en virtud de que se habían violado el derecho de igualdad. Allí se afirmó "Resolved by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the people of the United States assert as a fundamental principle that the rights of its citizens shall not be impaired at home or abroad because of race or religion; that the Government of the United States concludes its treaties for the equal protection of all classes of its citizens, without regard to race or religion; that the Government of the United States will not be a party to any treaty which discriminates, or which by one of the parties thereto is so construed as to discriminate, between American citizens on the ground of race or religion; that the Government of Russia has violated the treaty between the United States and: Russia, concluded at Saint Petersburg December eighteenth, eighteen hundred and thirty-two, refusing to honor American passports duly issued to American citizens, on account of race and religion; that in the judgment of the Congress the said treaty, for the reasons aforesaid, ought to be terminated at the earliest possible time; that for the aforesaid reasons the said treaty is hereby declared to be terminated and of no further force and effect from the expiration of one year after the date of notification to the Government of Russia of the terms of this resolution, and that to this end the President is hereby charged with the duty of communicating such notice to the Government of Russia" [Subrayado nuestro] Cfr. *House of Representatives, Resolution, December 13, 1911*, Congressional Record, xlviii. 280, pp. 304-305.

<sup>87</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, 2.A, *La naturaleza tridimensional del ius cogens: no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación*

<sup>88</sup> Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Constitución y Derecho internacional de los Derechos Humanos" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, Núm. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Mayo-Diciembre 1993) pp. 627-630.

limitaciones frente a sus propias normas.<sup>89</sup> Podemos concluir, pues, que independientemente de si un Estado acoge a la teoría monista o a la dualista, existen siempre reglas domésticas -de naturaleza sustantiva o procedimental-, que condicionarán la operatividad de las normas de Derecho Internacional.

Como muestra de ello, al evaluar los dos grandes escenarios que pueden presentarse -Tratados que requieren de un acto de ratificación interna o Tratados cuyas disposiciones son programáticas y requieren de normas internas posteriores-, vemos que la voluntad y la soberanía estatal son imprescindibles para hacer operativas las obligaciones internacionales dentro de cada Estado. En efecto, en el primer escenario, la ratificación de los Tratados debe tener lugar, en el congreso o parlamento -según aplique-, mediante un acto que les confiera, al menos, el rango de leyes internas. Ello implica, por lo tanto, que éstos al pasar a ser una ley interna, se incorporan automáticamente al ordenamiento jurídico en cuestión.<sup>90</sup>

En el segundo caso, cuando nos referimos a Tratados cuyas disposiciones son de naturaleza programática, el carácter *self-executing* de estos instrumentos desaparece, exigiéndose la utilización o implementación de disposiciones legislativas o de otro carácter para que tales Tratados puedan lograr su plena operatividad.<sup>91</sup> Este tema obtuvo una renovada relevancia a partir del asunto *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia)* (2012)<sup>92</sup>, donde una vez dictada la sentencia por la CIJ, Colombia trajo a colación su Constitución para justificar el incumplimiento de la decisión<sup>93</sup>. Es más,

---

<sup>89</sup> Vid. GORDILLO, A. (2009): *Tratado de Derecho Administrativo* (10ma ed.), pp. VI-10 y VI-11.

<sup>90</sup> En ciertos casos, el sistema legal interno contempla que la aprobación del Parlamento debe hacerse a través de ley formal (las llamadas “leyes aprobatorias”), pero es posible también que la ratificación parlamentaria tenga, por sí misma, fuerza de ley interna, como en el caso de El Salvador. Vid. Art. 144 de la Constitución de El Salvador.

<sup>91</sup> Vid. NIKKEN, P. *Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos*, Instituto Interamericano De Derechos Humanos XXV Curso Anual Interdisciplinario, pp. 23-24. Acceso: [http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2\\_2010/XXVCurso\\_Inter\\_en\\_Derechos\\_Humanos\\_Discursos\\_ponencias/Nikken\\_707101606.pdf](http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVCurso_Inter_en_Derechos_Humanos_Discursos_ponencias/Nikken_707101606.pdf).

<sup>92</sup> Vid. CIJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia)*, Judgment, p. 624.

<sup>93</sup> En la *Alocución del Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, sobre la Estrategia Integral de Colombia frente al Fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya*, afirmó: “A mí me eligieron para defender y hacer cumplir la Constitución de Colombia. Ese fue mi juramento al que no puedo ni voy a faltar. Dentro de mis deberes constitucionales está proteger y garantizar los derechos de los colombianos, defender nuestras fronteras y honrar los Tratados que Colombia ha suscrito con otros Estados. El artículo 101 de nuestra Carta dice que ‘los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución sólo podrán modificarse en virtud de Tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República. La Corte Constitucional, por su parte, ha dicho claramente que estos Tratados -es decir, los que se refieren a las fronteras y límites de Colombia- deben ser siempre aprobados por el Congreso. Como Presidente tengo la obligación de respetar este mandato de nuestra Constitución y lo que ha dicho la Corte Constitucional. Por eso, mi posición es clara y firme: El fallo de la Corte Internacional de Justicia no es aplicable -no es y no será aplicable- hasta tanto se celebre un tratado que proteja los derechos de los colombianos, tratado que deberá ser aprobado de conformidad con lo señalado en nuestra

posteriormente, el Presidente de Colombia dictó un decreto por medio del cual se enfrentaba directamente al contenido de la referida sentencia de la CIJ.<sup>94</sup>

República Dominicana hizo lo propio en relación con las decisiones emitidas por la CIDH, en la medida en que estableció, en su Constitución del año 2010, que la irregularidad migratoria -v.g. ilegalidad- es motivo para negar la nacionalidad dominicana de aquellos individuos/as nacidos en territorio nacional.<sup>95</sup> Este criterio, afirma la CIDH en el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana (2014)*, resulta una medida discriminatoria y ordena al Estado a “adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana”<sup>96</sup>.

En respuesta a esta decisión, el Senado de República Dominicana dictó, el 29 de octubre de 2014, una resolución en la que rechazaba la sentencia emitida por la CIDH, “exhort[ando] a la comunidad y organismos internacionales a respetar las regulaciones aplicables del Derecho Público Interno que definen, de manera precisa, quienes son o no son nuestros nacionales”<sup>97</sup>.

---

Constitución. Repito la decisión que he adoptado: sin un tratado el fallo de la Corte Internacional de Justicia NO ES APLICABLE. Como Jefe de Estado defenderé esta posición en las instancias nacionales e internacionales que corresponda.” [Subrayado nuestro]. Cfr. Colombia presenta su Estrategia Integral frente al fallo de La Haya, 9 de septiembre de 2013, Acceso: <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/colombia-presenta-su-estrategia-integral-frente-al-fallo-la-haya>

<sup>94</sup> Vid. Decreto Núm. 1946, por medio del cual se reglamentan los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 Y 9 de la Ley 10 de 1978 y 2 Y 3 de la Ley 47 de 1993 en lo concerniente al mar territorial, la zona contigua, algunos aspectos de la plataforma continental de los territorios insulares colombianos en el Mar Caribe Occidental y a la integridad del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Colombia, 2013.

<sup>95</sup> El Tribunal Constitucional de la República Dominicana dictó en el año 2013 la sentencia 168-13 por medio del cual indicó que la sentencia Yean y Bosico de la Corte IDH traía una errada interpretación en materia de nacionalidad que no podía ser implementada en el país. Por tanto, conforme el criterio de tránsito y el de “ilegalidad” que ahora recoge la Constitución, todo aquel nacido en territorio dominicano de padres ilegales no puede ser dominicano. Precisamente la sentencia Yean y Bosico y la opinión Consultiva OC-4-84 afirman expresamente lo contrario. Vid. Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Serie C Núm. 130, 8 de septiembre de 2005.

<sup>96</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 282, 28 de agosto de 2014, Puntos Resolutivos, § 19, p. 172.

<sup>97</sup> Vid. Considerando 2, Resolución del Senado de la República Dominicana sobre la sentencia *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana* de la Corte IDH, 29 de octubre de 2014. La resolución expresa que “en la interpretación que hace la Corte IDH privilegió la adquisición de la nacionalidad por el Jus Solis por encima del Jus Sanguinis,



Reafirmando esta rebeldía de los Estados al sistema monista -o confirmando este dualismo que impera en la práctica-, menos de un mes después de dictada la referida sentencia *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana* (2014) de la CIDH, el Tribunal Constitucional dominicano decidió declarar inconstitucional el Instrumento de Aceptación mediante el cual se manifestó el consentimiento de República Dominicana de admitir la competencia contenciosa de la Corte IDH suscrito en 1999<sup>98</sup>, denegando los efectos jurídicos de toda decisión emanada por dicho tribunal hasta la fecha.

En consonancia con lo explicado anteriormente, se demuestra que no existe conflicto operativo práctico ya que, en caso de que se produzca una controversia entre la norma interna y la internacional, prevalecerá la ley doméstica. Escenario contrario es cuando surge un conflicto en el campo supranacional, donde deberá resolverse bajo los parámetros del Derecho Internacional, porque es el único sistema que existe para solucionar las controversias de este tipo. Por tal razón, el Derecho interno no se aplica, en *strictu sensu*, en el plano internacional y, como resultado de este razonamiento, nace la nueva teoría de la responsabilidad fiduciaria en materia de Tratados que desarrollamos *ut supra*.

Así pues, independientemente de que la jurisprudencia internacional reconozca el monismo como la teoría imperante en el Derecho Internacional, ello no es otra cosa que un *monismo soberano* que solo surge por la voluntad de los Estados de aplicar aquel dentro de su ordenamiento. Siendo así las cosas, cabe preguntarse lo siguiente: ¿el artículo 64 de la CVDT y, en general, las normas imperativas de Derecho Internacional, pueden ser consideradas *self-executing*? En materia de *ius cogens* “se debe presumir que

---

sin tomar en cuenta lo preceptuado en la Constitución haitiana, texto que nos lleva a afirmar, inequívocamente, que los hijos de haitianos que residen ilegalmente en República Dominicana no son apátridas, ya que al momento de su nacimiento tenían derecho a su nacionalidad, es decir a la nacionalidad haitiana vía Jus Sanguinis. Aclara la iniciativa que la situación de indocumentados que viven los haitianos no es responsabilidad del Estado ni del pueblo dominicano, pero el gobierno dominicano está asumiendo responsablemente y procurando una solución viable para ambas naciones, conforma al Decreto número 327-13 que instituye el Plan Nacional de Regularización de extranjeros.

<sup>98</sup> Se afirmó que el Estado dominicano siempre tiene la potestad, pero en respeto de los debidos procedimientos constitucionales. Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional afirmó que “9.19. La aceptación de la competencia de la Corte IDH, para ser vinculante respecto al Estado dominicano, debió haber cumplido, pues, los requerimientos del artículo 37 numeral 14 de la Constitución de 2002, es decir: “aprobar o desaprobar los Tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo”, competencia esta que le corresponde al Congreso Nacional. Vid. Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/256-14, 4 de noviembre de 2014, p. 48.

todas las cláusulas son ‘self executing’, salvo que se demuestre por quien sostiene lo contrario que media una absoluta imposibilidad de aplicabilidad.”<sup>99</sup>

Es por ello que parte de la doctrina sostiene que formalmente el Derecho Internacional y el Derecho interno, como sistemas, nunca pueden entrar en conflicto. Lo que pasa es algo estrictamente diferente: lo que existe es un conflicto de obligaciones, o una imposibilidad del Estado -en el plano doméstico- de actuar en la manera requerida por el Derecho Internacional.<sup>100</sup> En cualquier caso, si un Estado no puede aplicar una disposición internacional por ir en contra de una norma de su ordenamiento jurídico, tal Estado aplicará su derecho interno, pero a nivel internacional, su responsabilidad internacional se verá comprometida.

Por tanto, las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deben cumplirse de buena fe junto con una actitud de respeto hacia el ámbito legal interno, ya que un Tratado o cualquier otra fuente de Derecho Internacional no puede declarar inválidas leyes internas.<sup>101</sup>

Como vemos, si bien todo actor en el Derecho Internacional tiene la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones derivadas de los Tratados y otras fuentes de Derecho Internacional<sup>102</sup>, entendemos que dicha “actitud” acaba siendo un ejercicio de discrecionalidad en torno a la interpretación del criterio de buena fe y la más clara muestra del condicionamiento operativo al que está sometido el artículo 64 de la CVDT, como demostraremos más adelante.

Por ello, este *monismo soberano* -que dependerá de la voluntad del Estado- resulta no ser más que una confluencia en un *dualismo imperativo* -el Derecho Internacional y el Derecho interno son dos sistemas independientes y mutuamente irreductibles, donde el Estado es quien decide en su ordenamiento

---

<sup>99</sup> Cfr. VANOSSI, J. R.: “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad al orden interno de los Estados” en Revista IIDH, San José, Col. 16, julio-diciembre, 1992, p. 118.

<sup>100</sup> Vid. FITZMAURICE: “The General Principles of International Law Considered from the Stand point of the Rule of law” en Collected Courses Academy of International Law, 1957-II, p. 80.

<sup>101</sup> Vid. Corte IDH, Opinión consultiva OC-14/94, Serie A Núm. 14, §§ 35, 116.

<sup>102</sup> Al referirse la AGNU a “(...) los derechos y deberes básicos de los Estados a la luz de las nuevas orientaciones del derecho internacional y en armonía con la Carta de las Naciones Unidas” se reconoció que el proyecto de declaración que procuró la CDI realizar representaba “(...) una contribución notable e importante al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su codificación (...)”. Vid. Resolución Núm. 375 (IV), *Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados*, 270ª Sesión Plenaria, 6 de diciembre de 1949

qué norma internacional aplicar y de qué manera hacerlo-, donde el elemento esencial y operativamente condicionante recae sobre la propia voluntad de los gobernantes estatales.

En este sentido, es posible concluir que “en virtud de la soberanía de los Estados, las normas de recepciones varían de Estado a Estado, lo que causa que en algunos casos el camino que viene desde la creación hasta el cumplimiento en lo interno de los Estados se vea trunco, sobre todo cuando el Estado en cuestión no posee normas de recepción idónea del derecho internacional.”<sup>103</sup> En consecuencia, las normas de Derecho Internacional, solo serán aplicables cuando el Estado así lo decida. La operatividad de todas las fuentes del Derecho Internacional, entre ellas las normas imperativas, está condicionada, sin duda, a la realidad operativa del Derecho interno.<sup>104</sup>

Resultado de lo anterior, vemos que el Derecho Internacional es, operativamente, un derecho complementario y, por tanto, condicionado al Derecho interno en la medida en que queda supeditado a la voluntad del Estado en asumirlo. En el caso de normas de *ius cogens*, aunque podríamos afirmar que representan una excepción a la referida voluntad estatal, vemos que en la práctica para hacerlas operativas internamente, necesitan ser traducidas conforme a los procedimientos legales domésticos -excepto en aquellos casos donde el Estado ha reconocido expresamente la existencia de una norma imperativa específica-. Nos preguntamos entonces la siguiente cuestión: ¿es ello la muestra más palpable de que la aplicación del artículo 64 de la CVDT está condicionada por el Derecho interno?

Sin duda debemos afirmar, al menos teóricamente, que no debe existir condición alguna que impida la aplicación de la referida disposición. Sin embargo, en la práctica, si bien es posible determinar que el Derecho Internacional subsiste por y para el Derecho interno, éste último puede prescindir pragmáticamente del Derecho Internacional aunque en el caso de normas imperativas advertimos la existencia de obligaciones que no pueden ser obviadas. Lamentablemente, las normas imperativas

---

<sup>103</sup> Cfr. BECERRA RAMÍREZ, M.: *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 330, 2012, p. 23.

<sup>104</sup> Por ejemplo, en 1998 la Corte Suprema de EEUU rehusó aplicar directamente esta disposición que establece la comunicación de los cónsules con los nacionales del Estado que los envía, alegando la falta de procedimiento. *Vid.* *Broard vs. Greene*, 14 April 1998, 118 S.Ct 1332. Ver igualmente el fallo del 29 de junio, 2006, caso *Hamdan vs. Rumsfeld*; Cfr. *Taxil, B.*, “Les critères de l’applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France” en *Revue Internationale de droit comparé*, Núm. 1, enero-marzo, 2007, pp. 157 *et seq.*

necesitan del Derecho Internacional para lograr su operatividad y éste, a su vez, necesita del Derecho interno.

Por lo tanto, como evaluaremos en los apartados que siguen, el Derecho Internacional parece necesitar siempre del ordenamiento jurídico doméstico para lograr los efectos prácticos de las obligaciones internacionales que poseen, entre ellas, las emanadas el artículo 64 de la CVDT. Surgen, además de esta otras condicionantes que, como ya veremos, parecen crear una imposibilidad práctica de cumplimiento de la referida disposición legal.

***DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS  
NORMAS DE IUS COGENS EN SU  
INTERACCIÓN EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL  
CAPÍTULO II***

## DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* EN SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL

### CAPÍTULO II

En el marco regulatorio internacional, los Tratados se erigen como la expresión soberana de los Estados, constituyéndose de este modo como la fuente principal de sus compromisos a nivel supranacional. Ante la discrecionalidad que tienen los Estados al modelar el contenido de sus intereses *individuales*, la comunidad internacional ha reconocido que para una efectiva protección de los intereses *generales* de toda la comunidad internacional, es necesario seguir unas reglas *generales* de comportamiento que limiten la autonomía de los sujetos que participan en la elaboración de los referidos Tratados. En definitiva, estas pautas generales se erigen como limitaciones, las cuales se articulan, en gran medida, conforme a los deseos y aspiraciones de la comunidad internacional que los Estados, bajo ninguna circunstancia, no pueden ignorar.

En efecto, “[e]s difícil imaginar alguna sociedad, ya sea de individuos o de Estados, donde sus leyes no establezcan limitaciones a la libertad de contratar. En cualquier comunidad civilizada, existen ciertas normas de derecho y algunos principios de moralidad que ningún individuo puede ignorar o modificar mediante acuerdos”<sup>105</sup>.

Para entender la naturaleza y vinculatoriedad de tales reglas que, con carácter general, vienen a limitar los intereses individuales -las cuales fueron definidas en los artículos 53 y 64 de la CVDT (1968)-, se hace imprescindible determinar su contenido axiológico y normativo y, asimismo, abundar en la práctica internacional *pre* y *post* CVDT; con el propósito de delimitar, posteriormente, las especiales características del *ius cogens* como fuente de Derecho Internacional. Entendido lo anterior, podremos partir de las premisas necesarias para comprender en toda su extensión al *ius cogens superveniens* como causa de terminación de Tratados.

---

<sup>105</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “It is difficult to imagine any society, whether of individuals or of States, whose law sets no limit whatever to freedom of contract. In every civilized community there are some rules of law and some principles of morality which individuals are not permitted by law to ignore or modify by their agreements (...)”. MCNAIR, A.(1961): *Law of Treaties*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, p. 213; En palabras parecidas se han referido otros importantes doctrinarios, Vid. CARRILLO SALCEDO, J. A.(1985): *El Derecho internacional en un Mundo en Cambio*, Ed.Tecnos, Madrid, p. 204; Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho internacional Contemporáneo*, op. cit., p. 81.

## I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL TÉRMINO “*IUS COGENS*” EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A raíz de esta interesante dinámica entre los *intereses individuales* y los *intereses generales*, el Derecho de los Tratados surge como premisa básica de equilibrio, generando una fórmula de legalidad y legitimidad que no puede ser obviada: un Tratado no sólo debe existir *legalmente*, sino que debe ser aplicado *legítimamente*.

La “legalidad”, desde el punto de vista positivista y formal de la ley, implica que las partes deben manejarse en estricto apego al marco normativo. Sin embargo, estas normas deben ser también “legítimas”, tal y como se afirma a continuación: “(...) una ley, que aunque tenga en sí misma razón y justicia, no está en conexión y armonía, sino en oposición y pugna, con otras leyes de orden superior, (...) no puede atribuir derechos actuales en colisión con los demás de preferente título.”<sup>106</sup>

Así, el *ius cogens* y la costumbre internacional nacen como las premisas básicas de legitimidad ante voluntades legalmente plasmadas. La diferencia relevante entre ambas fuentes del Derecho Internacional es, afirma la CDI, que las normas imperativas “prevalece[n] sobre cualquier otra y despoja[n] de toda validez a los Tratados incompatibles con ella.”<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Cfr. GIL ROBLES, E.(1899-1902): *Tratado de Derecho Político*, Salamanca, tomo II, pp. 421-422. Cit. LEGAZ LACAMBRA, L.: “Legalidad y Legitimidad” en *Revista de Estudios Políticos, Estudios y Notas*, Núm. 101. Septiembre - Octubre 1958, p. 8. Por no ser objeto estricto de nuestra investigación, no abundaremos más de lo debido sobre los términos “invalidéz”, “ilegalidad” o “ilegitimidad”. Sin embargo, se hace necesario aclarar que, estrictamente hablando, no son sinónimos ya que, mientras una decisión “ilegal” es necesariamente “inválida”, una decisión “inválida” no necesariamente es “ilegal”. Sobre “legalidad” e “invalidéz”. Vid. SCHEIGMAN, D.(2001) *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter. Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, Netherlands, p. 205. De igual forma, mientras una norma puede ser legal, no necesariamente es legítima; Cfr. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A Núm. 5, 13 de noviembre de 1985.

<sup>107</sup> Cfr. CDI, Declaración del delegado de Chipre, Sexta Comisión, 783 Session, ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1953/Add.1, Vol. II, § 22.

Consecuentemente, los Tratados tendrán la facultad *legal* para ser *exigibles*<sup>108</sup> e, incluso -en algunas ocasiones- *justiciables*<sup>109</sup> pero no podrán ser contrarios al *ius cogens* en la medida en que ello supondrá la imposibilidad de que sean operativamente ejecutables.

En este sentido, hay que subrayar que la evolución de las referidas normas imperativas, nacidas del incipiente *ius gentium* o “derecho de gentes” -que postula la escuela clásica del Derecho Natural y contenidas en el Derecho Romano, específicamente en preceptos cristianos, así como en el Derecho Canónico-, tropiezan con un positivismo reactivo a la posibilidad de que existan preceptos legales que limiten la voluntad soberana de los Estados.

No obstante en el marco del Derecho Internacional, un positivismo atenuado o un iusnaturalismo renovado, dio cabida -en el siglo XX- a la idea de que *intereses generales* pudieran delimitar otros de carácter individual. Como consecuencia de lo anterior, surgen diversos instrumentos jurídicos, especialmente en el marco del Derecho Internacional humanitario,<sup>110</sup> que recalcan la existencia de obligaciones que los Estados y demás sujetos del orden internacional deben necesariamente acatar.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> El concepto “exigibilidad” alude básicamente a la capacidad pasiva del *ius cogens*, es decir, a que *legítimamente*, todos aquellos que forman parte de la comunidad internacional gozan de derechos y contraen obligaciones independientemente de que exista o no un texto legal que las reconozca.

<sup>109</sup> La noción de “justiciabilidad” se refiere a la capacidad activa del *ius cogens*, en tanto que todos estos miembros del ordenamiento jurídico internacional, como entidades individuales o como un todo, deberían poder *legítimamente* demandar ante una responsabilidad de protección ante los derechos que recoge esta norma imperativa. Como vemos, la CVDI no estableció por primera vez la exigibilidad y/o justiciabilidad de las *normas ius cogens*, pero sí estableció las condiciones - requisitos y procedimientos- para hacerlos operativos.

<sup>110</sup> El Derecho Internacional humanitario moderno nace formalmente en 1864 con la adopción del *Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña*, donde se codificaron reglas consuetudinarias que venían ya aplicándose. Posteriormente, esta protección se extiende en 1868 con la Declaración de San Petersburgo (prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra) a los miembros de las fuerzas armadas en el mar, los enfermos y los náufragos, -que en 1929 con Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra se extiende a los prisioneros de guerra- y por último, en 1899 Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864. *Vid. Curso introductorio sobre derecho internacional humanitario*, organizado por la Oficina de Derecho Internacional de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en coordinación con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Washington, D.C., 31 de enero de 2007, pp. 28, 30.

<sup>111</sup> Hoy esta situación está plasmada en los artículos 25 (responsabilidad individual) y el artículo 28 (responsabilidad del superior), ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.



En este ámbito cobra relevancia la CVDT y los trabajos que la precedieron, los cuales tenían por objeto regular con carácter general y definitivo las relaciones de los Estados entre sí, la relación de éstos con otros actores y, en general, de todos ellos con la comunidad internacional en su conjunto.

A este respecto, debemos destacar la labor de la CDI, la cual inició -en 1949-<sup>112</sup> una labor enfocada a codificar el Derecho de los Tratados, precipitándose en el estudio y profundización de las normas imperativas propias del ordenamiento jurídico internacional con la idea de analizar el impacto que éstas tendrían en las actuaciones perpetradas por los actores que participan en el dicho ordenamiento. Así pues, la misión de la CDI consistió en instituir y organizar lineamientos estructurados sobre las normas de *ius cogens* para garantizar, dentro del marco de la legalidad y la legítimidad, que el objeto y fin de las mismas<sup>113</sup> fuese *exigible* y *justiciable*<sup>114</sup>.

Como resultado de las discusiones sostenidas en el seno de la CDI, las normas imperativas fueron plasmadas, en un primer momento, en los artículos 37<sup>115</sup> y 45<sup>116</sup> del proyecto de la CVDT.<sup>117</sup> Finalmente, fueron cristalizadas en los artículos 53<sup>118</sup> y 64<sup>119</sup> de la CVDT. Ésta última disposición no modificó a su

---

<sup>112</sup> El *ius cogens* se incluyó por primera vez en la labor de la CDI en el tercer informe de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial sobre el derecho de los Tratados (A/CN.4/115), con el título “Licitud del objeto” (1958). *Vid* Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958, Vol. II: Documentos del décimo período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la AGNU, pp. 28 y 29.

<sup>113</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, II.B.B, *Las normas imperativas son una herramienta de interpretación de los Tratados y de cualquier otra norma u actuación del derecho internacional y derecho interno*

<sup>114</sup> Los términos “exigibilidad” y “justiciabilidad” no han sido utilizados antes en materias de normas imperativas, conforme pudimos comprobar en la doctrina y jurisprudencia, pero sí de manera especial al hablar de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). De todos modos, se debe reconocer que el término “justiciabilidad” lo encontramos plasmado por primera vez en el año 1931, en el voto disidente del juez Adatci en la opinión consultiva *Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)* de la CIJ. Este magistrado afirmó “(...) The undersigned do not consider that any arrangement which may arise between two States, whether those differences are justiciable or not (...)”. [Subrayado nuestro] *Vid*. CPJI, *Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, *Advisory Opinion*, 1931, Series A/B Núm. 41, p. 37, Dissenting Opinion by M. Adatci (et al), p. 85.

<sup>115</sup> El referido artículo expresaba lo siguiente: “Art. 37.- A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law (...)”.

<sup>116</sup> La citada disposición legal indicaba lo siguiente: “Art. 45.- If a new peremptory norm of general international law (...) is established, any existing treaty which is incompatible with that norm becomes void and terminates”.

<sup>117</sup> En el proyecto de artículos de 1966 sobre el Derecho de los Tratados, la CDI incluyó tres proyectos de artículo sobre el *ius cogens*, a saber, los proyectos de artículo 50, 61 y 67. Esas disposiciones se mantuvieron, aunque con algunas modificaciones, en los artículos 53 y 64 de la CVDT.

<sup>118</sup> De manera textual, el referido texto afirma lo siguiente: “Art. 53.- Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de

antecesor en ningún aspecto; sin embargo, el artículo 37, predecesor del artículo 53 de la CVDT, sí que fue objeto de la modificación oportuna.

Durante los debates que surgieron en aquel momento, los positivistas consideraron inapropiado la fusión de criterios legales objetivos con los relativos a la subjetividad interpretativa que plantea la “moralidad”, atendiendo básicamente a la inexistencia de canales formales de configuración del *ius cogens*. Sin embargo, como expresión de avenencia entre los naturalistas y los positivistas, fue supeditada la *aceptación y reconocimiento* de “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” a la existencia de una norma imperativa concreta.<sup>120</sup> Finalmente, los artículos 53 y 64 de la CVDT lograron traspasar la línea de lo “filosófico”, al concretar por vez primera la *exigibilidad* plena del *ius cogens* a través de un texto legal determinado que lo regulara.

En este sentido, debemos recalcar que las referidas disposiciones legales establecen una verdadera superioridad normativa en el ámbito del Derecho Internacional, limitándose no obstante a constatar únicamente su existencia, sin concretar su contenido ni sus efectos. Ello, sin duda alguna, dificulta la efectividad de la referida normativa imperativa. Consecuentemente, con el objetivo de delimitar su contenido y efectos, debemos comprender la lógica de su concepción, para lo cual esbozaremos los aspectos doctrinales, legales y jurisprudenciales que merecen -desde nuestro punto de vista- una especial atención.

---

Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.” [Subrayado nuestro].

<sup>119</sup> Dicho artículo reza de la manera siguiente: “Art. 64.- *Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (“ius cogens”).*- Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.” [Subrayado nuestro].

<sup>120</sup> Vid. HAIMBAUGH Jr., G. D.: “Jus Cogens: Root and Branch (an Inventory)” en *Touro Law Review*, Vol. 3, spring 1986-1987, p. 205.

## 1. EL ORIGEN EMBRIONARIO DEL *IUS COGENS* Y SU CODIFICACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 53 Y 64 DE LA CVDT

Aunque la labor llevada a cabo por la doctrina y jurisprudencia ha contribuido a mejorar la comprensión del *ius cogens*, el punto de partida de cualquier estudio en la materia sigue siendo la CVDT (1969). A partir de dicho instrumento, se desarrollan los elementos básicos del mismo.

De todas maneras, conviene puntualizar que el origen del *ius cogens* y la noción de que existe un orden público que controla los intereses privados se localizan en los Digestos de Papiniano, en la Antigua Roma. Así, vemos por primera vez el criterio de orden público en el Digesto II (14, 38), bajo la máxima “*jus publicum privatorum pactis Mutare non potest*”<sup>121</sup>. No obstante, el término “*ius cogens*” como tal aflora en un primer momento en el Digesto 39.5 de Papiniano, el cual queda enmarcado dentro de la figura jurídica de la “donación” -acto *voluntario* que se aplica en todos los sistemas jurídicos-. En dicho documento se afirmó lo siguiente: “*donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*”<sup>122</sup>.

En cualquier caso, es preciso subrayar que la acepción de dicha expresión contenida en el Digesto 39.5 no tiene nada que ver con la que se deduce de los artículos 53 y 64 de la CVDT. Evidentemente, no se pudo prever en el momento de la adopción del referido Digesto que sus disposiciones, originalmente aplicables al *Derecho Privado Romano y Civilista* de la época, fueran algún día tomadas en consideración en el ámbito de las relaciones internacionales<sup>123</sup>.

Sea como fuere, este predominio del interés colectivo sobre el interés particular se reflejó en Roma a través de la inderogabilidad de las normas de *ius publicum* por acuerdo de las partes: “*privatorum*

---

<sup>121</sup> *Resaltado nuestro*. Cfr. SINCLAIR, I., *op. cit.*, p. 110.

<sup>122</sup> *Resaltado nuestro*.

<sup>123</sup> En cualquier caso, aunque la expresión “*ius cogens*” no fue utilizada sino hasta años después, es a partir de estos criterios de donde parte la primera división del Derecho que da cuenta la Instituta, o sea entre derecho público y derecho privado, según el foco sea la cosa pública o, por el contrario, la utilidad de los particulares. Ulpiano, es al parecer quien afirma “*Publicum ius est quod ad statum rei romane spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*”. Vid. SUY, E.: “The concept of *jus cogens* in international law”, *op. cit.*, p. 18.

*conventio iuri publico non derogat*”<sup>124</sup>. Ello queda posteriormente reflejado en la obra de Francisco De Vitoria titulada “*De Potestate Civile*” (1528), en donde se señala que:

“[e]l derecho de gentes no tiene solamente fuerza de pacto o de convención entre los hombres, sino que posee igualmente fuerza de ley. El mundo entero, en efecto que en cierto modo es una República, tiene el poder de establecer leyes justas y ordenadas al bien de todos, tales como son las de derecho de gentes. De donde resulta que pecan mortalmente los que violan las normas de derecho de gentes, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, a condición que sea en materia grave, como por ejemplo, en lo que concierne al respeto inviolable de los embajadores. No es permitido a un reino particular rehusarse a estar vinculado por el derecho de gentes, ya que es un derecho promulgado por la autoridad del mundo entero.”<sup>125</sup>

A este respecto, Francisco Suárez determina que el mencionado *ius gentium* revela la unidad y universalidad del género humano; un ámbito en el que los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal, por encima de cualquier interés particular<sup>126</sup>. Esta unidad y universalidad revela que hay intereses del género humano que tienen prevalencia sobre otros intereses.

Asimismo, Hugo Grocio, por otra parte, reconocía la existencia de ciertos principios con carácter vinculante -ya fueran de Derecho interno o de Derecho de gentes- que creaban derechos y obligaciones para una “sociedad común que abarca toda la humanidad.” Estos principios del Derecho Natural, afirmaba, debían tener un carácter inmutable<sup>127</sup>. Así pues, de la lectura de las obras de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Hugo Grocio percibimos la existencia de normas, generadoras de derechos y obligaciones, vinculantes para todos los sujetos que conforman el “mundo entero” a través de las cuales se hace posible regular las relaciones entre Estados.

---

<sup>124</sup> Esto significa que “los acuerdos entre particulares no pueden derogar el derecho público”. *Vid.* Ulpiano, Digesta 50, 17, 45, § 1.

<sup>125</sup> *Resaltado nuestro.* Cfr. DE VITORIA, F.(1528) *De Potestate Civile*. Cit. GÓMEZ ROBLEDO, A.(2003): *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, Segunda ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 176, p. 176.

<sup>126</sup> *Vid.* SUÁREZ, F.(1612): *De Legibus ac Deo Legislatore*. Cfr. Association Internationale Vitoria-Suarez, Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

<sup>127</sup> GROTIUS, H. (1625) *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, 1, Ch. 1, X, 5.

Este principio cardinal, concretado en la figura de “orden público” o “política pública” (*public policy* en lenguaje anglosajón) fue *positivizada* posteriormente por los Estados. Un ejemplo de ello es el artículo 60<sup>128</sup> del Código Civil francés de 1804 -el llamado Código de Napoleón-, cuya traducción al español es el que, sorprendentemente y sin mayores modificaciones rige todavía en países como República Dominicana, cuando expresa que “[l]as leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares.”

Partiendo de estos principios establecidos por la doctrina y en los textos citados, ciertos autores reconocieron en el Derecho Internacional y el Derecho de los Tratados la existencia de normas vinculantes cuya violación debía conllevar la ilegalidad del objeto del Tratado que fuera contrario a la referida normativa<sup>129</sup>.

En este sentido, debemos traer a colación al profesor Alfred von Verdross quien, en 1935, retomó el término *ius cogens* en un curso celebrado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya, afirmando que dicha expresión debía articularse conforme a los principios generales del Derecho Internacional<sup>130</sup>. Luego, en 1937, en su artículo denominado “*Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on ‘The Law of Treaties’*”, von Verdross fundamentó las normas *ius cogens* a través de criterios relativos a la “ética” y a la “moral”, indicando que “[n]ingún ordenamiento jurídico puede admitir Tratados entre sujetos jurídicos que estén en obvia contradicción

---

<sup>128</sup> Dicho artículo expresa textualmente lo siguiente : “Art. 60.- On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs”.

<sup>129</sup> En ese preciso momento, no se hablaba de lo que luego se distinguió entre las “obligaciones puramente convencionales” de aquellos actos que generan “reglas generales y absolutas.” Cfr. BLUNTSCHLI, J. K.(1874): *Le Droit International Codifié*, Cinquième Edition, Guillaumin et Cie Editeurs: Paris, , p. 238; Cfr. FAUCHILLE, P.(1922) *Traité de Droit International Public*, Edition 8, Vol. I, 1ère partie, Rousseau et Cie, Paris, p. 238.

<sup>130</sup> El profesor von Verdross indicaba de maner textual lo siguiente: “Cela dit, il est facile de reconnaître que les principes généraux du droit ont la précellence sur le droit international positif. En effet, s’ils se trouvent à la base du droit positif, il ne peut y être dérogé par les règles de celui-ci. Pourtant l’existence d’un principe général n’empêche en général pas l’application du droit positif valable en la matière. Car d’ordinaire les règles du droit positif ne sont que la cristallisation et la concrétisation des principes généraux. Dans ces cas, il ne sera donc pas nécessaire de recourir aux principes généraux eux-mêmes, il suffira d’appliquer les règles positives. D’ordinaire, l’application directe des principes généraux suppose ainsi la carence d’une règle positive. Si, par contre, une règle positive se trouve en opposition avec un principe général du *ius cogens*, il est clair qu’elle doit céder au principe général régissant la matière. C’est ainsi qu’une disposition d’un traité, contraire aux bonnes mœurs, n’est pas valable par la raison que cette règle positive a été dictée en violation d’un principe général s’imposant à toute convention, interne ou internationale.” [Subrayado nuestro]. Cfr. VERDROSS, Alfred von, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, *RCADI* (p. 191-251), Vol. 52, 1935, pp. 205-206

con la ética de cierta comunidad.”<sup>131</sup> En otras palabras, todo ordenamiento “(...) tiene sus raíces en la ética de cierta comunidad (...)”, lo cual “(...) no puede ser entendido separado de su base moral.”<sup>132</sup>

Asimismo, dicho autor, dicho autor identificó, como ejemplo de Tratados contrarios al *ius cogens*, aquellos “que obligan al Estado a reducir su política u organización de cortes en una manera tal que no sea posible proteger en todo o de una manera adecuada, la vida, la libertad, el honor o la propiedad de los hombres en su territorio”<sup>133</sup>, así como aquellos que obligan a “(...) un Estado a cerrar sus hospitales o escuelas, a extraditar o esterilizar sus mujeres, a matar sus hijos, a cerrar sus fábricas, a dejar sus campos sin arar o de cualquier otra manera que exponga a su población a angustia.”<sup>134</sup>

Consecuentemente, debido al subjetivo y abstracto contenido de la “ética” y la “moral”, que fundamentaron -particularmente a partir de ese momento- las normas de carácter imperativo, diversas discusiones tuvieron lugar en el seno de la CDI. En dicho ámbito, diversos Estados rechazaron hacer *exigibles y justiciables* reglas sobre cuyo contenido no habían participado y/o que tampoco habían aceptado en su ordenamiento jurídico interno.

Así pues, las reflexiones de los autores cuyos pensamientos se inclinaban por un *derecho de coordinación*<sup>135</sup>, fueron obstaculizadas por la posición que reconocía a la soberanía estatal la capacidad de controlar la exigibilidad y *justiciabilidad* de las normas de *ius cogens*. Los autores que defendían esta última postura daban preeminencia al Derecho estatal y a la soberanía nacional por encima de reglas de

---

<sup>131</sup> VERDROSS afirma lo siguiente: “No juridical order can, therefore, admit treaties between juridical subjects, which are obviously in contradiction to the ethics of a certain community.” Cfr. VERDROSS, Alfred von, “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on ‘The Law of Treaties’”, en *AJIL*, Vol. 31, Núm. 4, 1937, p. 572

<sup>132</sup> La traducción es nuestra. El texto original indica lo siguiente: “A truly realistic analysis of the law shows us that every positive juridical order has its roots in the ethics of a certain community, that it cannot be understood apart from its moral basis.” *Ibid*, p. 576

<sup>133</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) binding a state to reduce its police or its organization of courts in such a way that it is no longer able to protect at all or in an adequate manner, the life, the liberty, the honor, or the property of men on its territory.” *Ibid*, p. 571.

<sup>134</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) a state to close its hospitals or schools, to extradite or sterilize its women, to kill its children, to close its factories, to leave its fields unploughed, or in other ways to expose its population to distress.” *Ibid*, p. 575.

<sup>135</sup> Vid. WALZ, G. A. (1943): *Esencia del Derecho internacional y crítica de sus negadores*, Traductor: Antonio Truyol Serra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 388; Vid. CDI, Declaración de Yasseen, Yearbook, Vol. I, session 683, 20 de mayo de 1963, § 38.

alcance universal, concibiéndolas como eras *concesiones* administradas por el Estado y no como prerrogativas inherentes e imperativas de sus súbditos.<sup>136</sup>

Sin embargo, pese a lo comentado en el párrafo anterior, las normas de *ius cogens* adquirieron protagonismo y ganaron una palpable credibilidad a raíz de los trágicos hechos que acontecieron durante la Segunda Guerra Mundial. Tras el final del referido conflicto bélico, se crearon los tribunales de Núremberg y Tokio con el propósito de juzgar la perpetración de graves crímenes, independientemente de cualquier alegato que los países afectados por el establecimiento de dichos órganos judiciales pudieran esgrimir en torno al concepto de soberanía. En consonancia con lo anterior, durante esa misma época, la CIJ dictó su opinión consultiva titulada *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951) a través de la cual se reconoció la prohibición de cometer genocidio como una obligación de carácter *erga omnes*.<sup>137</sup>

Como era de esperar, en esta etapa post bélica, se sucedieron diversas posiciones y planteamientos en torno a la figura de las normas imperativas, las cuales se hicieron más que evidentes durante el proceso de elaboración de la CVDT. El principal instigador que abogó por la inclusión de la misma fue el Relator Especial de la CDI en 1953, Sir Hersch Lauterpacht, quien, al someter un borrador parcial de lo que sería posteriormente la CVDT, indicó en el artículo 15 de su Primer Reporte que “[u]n Tratado o cualquiera de sus disposiciones terminará si su ejecución implica un acto ilegal bajo el Derecho Internacional y si es declarada tal situación por la Corte Internacional de Justicia.”<sup>138</sup>

A diferencia de lo que sucedió con autores anteriores, vemos que el profesor Lauterpacht otorgaba competencia exclusiva a la CIJ para decidir sobre la imperatividad o no de una norma, así como de la conformidad de los Tratado con aquélla, posibilitando de esta manera su *justiciabilidad*. Conforme al criterio del mencionado profesor, existen principios primordiales dentro del Derecho Internacional, como

---

<sup>136</sup> Para abundar sobre la parte histórica del concepto acudir a SZTUCKI, J., (1974): *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Springer-Verlag: New York, pp. 6-11, 97-108.

<sup>137</sup> La CIJ afirmó que “the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligations.” CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 15, p. 23.

<sup>138</sup> El texto original indica lo siguiente: “Art. 15.- *Consistency with International Law*. - A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice.” Cfr. CDI, 1953, p. 93.

la eliminación de la esclavitud, que “(...) pueden ser considerados como principios constitutivos de una política pública internacional (orden público internacional). Estos principios (...) pueden ser la expresión de reglas de moralidad tan contundentes que un tribunal internacional podría considerarlas como parte integral de esos principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas y los cuales la CIJ está obligada a aplicar conforme su Estatuto.”<sup>139</sup>

En relación con las anteriores consideraciones, hemos podido advertir que cuando Lauterpacht vincula la figura del *ius cogens* con “política pública” y “principios comunitarios de derecho”, se acerca en gran medida a la preocupación mostrada por Verdross en relación con los Tratados “inmorales contrarios a las políticas públicas internacionales”<sup>140</sup>, donde a pesar del incierto y abstracto concepto de moralidad trataba de restringir el amplio espectro de aquellas reglas necesarias y obvias para la comunidad internacional, que un tribunal no podría negarse a aplicar.

En cualquier caso, siguiendo el hilo de nuestra explicación, debemos subrayar que la doctrina y jurisprudencia previa a la CVDT, así como la propia CDI al afrontar los trabajos de codificación de dicho instrumento internacional, realizaron un importante esfuerzo para llegar a conclusiones razonablemente coincidentes sobre los criterios de identificación de las normas de *ius cogens*.

Continuando con esta ambientación histórica que nos permitirá entender y delimitar algunas de las características conceptuales del *ius cogens superveniens*, vemos que hasta ese momento el concepto de norma imperativa no había sido plasmado en la forma en la que hoy se encuentra refleja en los artículos 53 y 64 de la CVDT, donde se le otorga consecuencias precisas en caso de que algún Tratado colisione con ellos.

---

<sup>139</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “4. It would thus appear that the test whether the -object of the treaty is illegal and whether the treaty is void for that reason is not inconsistency with customary international law pure and simple, but inconsistency with such overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy (order international public). These principles need not necessarily have crystallized in a clearly accepted rule of law such as prohibition of piracy or of aggressive war. They may be expressive of rules of international morality so cogent that an international tribunal would consider them as forming part of those principles of law generally recognized by civilized nations which the International Court of Justice is bound to apply by virtue of Article 38 (3) of its Statute.” [Subrayado nuestro] Cfr. CDI, 1953, p. 155, § 4.

<sup>140</sup> Cfr. CRIDDLE, E. J. y FOX-DECENT, E.: “A Fiduciary Theory of Jus Cogens” en *YJIL*, Vol. 34, 2009, p. 337.



En efecto, el término “*ius cogens*” fue implementado por primera vez en 1958 en la normativa internacional a través del Tercer Reporte del proyecto de la CVDT elaborado por el Relator Especial Fitzmaurice.<sup>141</sup> Sin embargo, conviene destacar que en las discusiones surgidas en torno a la CVDT, algunos miembros de la comisión, como los distinguidos internacionalistas Yasseen, Pal, Bartos y Tunkin, prefirieron la noción de “orden público internacional” a la de *ius cogens*.<sup>142</sup> Lo importante aquí es resaltar que en ese momento se reconocía la existencia “(...) en el Derecho Internacional general positivo de hoy, ciertas reglas fundamentales de Derecho Internacional público en contra de los cuales ningún Estado puede contratar.”<sup>143</sup>

Como acabamos de resaltar, el Derecho Internacional reconocía a estas alturas la existencia de normas imperativas. Además, determinó con ahínco que los Tratados que las contravinieran debían ser concluidos y, junto a ello, el IDI puntualizó que ciertas normas poseen un carácter dual. Llega a esta conclusión cuando afirma que si existe una obligación en el Derecho Internacional general, debe necesariamente ser respetada por ambas partes. La *exigibilidad* de algunas normas, por lo tanto, no depende ya de las fuentes en las que se recoja -v.g. Tratados-, sino de su inherente carácter vinculante.<sup>144</sup>

Como ejemplos normativos, donde vemos que se plasma el criterio de que las normas imperativas son exigibles y justiciables aunque no haya texto legal que lo reconozca, podemos mencionar el contenido de la *Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta* (Res. 2625-XXV) de la AGNU, donde se concluye que ciertos principios deben configurarse como “básicos”, “esenciales”, “indispensables” y de la

---

<sup>141</sup> Vid. CDI, 1958, Vol. II, pp. 26-28, 40-41.

<sup>142</sup> Véase, por ejemplo, posición de Yasseen en la CDI. Vid. CDI, Vol. I, session 683, 20 de mayo de 1963, p. 66, § 25; Posición de Pal, *Ibidem*, §§ 64-68.

<sup>143</sup> Vid. CDI, 1963, Sixth Committee, ONU Doc. A/5601, § 18.

<sup>144</sup> El IDI indica textualmente lo siguiente: “1. That there should be included in an appropriate form in the codification of the law of treaties the obligation for a party claiming that a treaty has terminated, or intending to terminate it or withdraw from it, to notify, in accordance with the prescribed forms, the other parties of its position and the grounds therefore; in the event of disagreement between the parties they should have recourse to the methods for the pacific settlement of disputes; 2. That the codification should reaffirm the principle according to which, when an obligation embodied in a treaty is binding also by virtue of another rule of international law, the fact that a State has not become a party to that treaty, that the treaty has lawfully terminated or that a party has lawfully withdrawn from that treaty does not as such affect the existence of that obligation.” Cfr. IDI, “Termination of Treaties”, Eleventh Commission, Rapporteur: Mr. Shabtai Rosenne, Session of Nice, 1967, §§ 1-2.

“mayor importancia” para el cumplimiento de los propósitos de la ONU.<sup>145</sup> Posteriormente, la AGNU retomó la referida Declaración en diversas resoluciones.<sup>146</sup>

En línea con lo anterior, al preparar el Proyecto CDI Estado (1996), la CDI quiso diferenciar claramente que toda actuación que violentara una norma imperativa de Derecho Internacional tenía una connotación de mayor gravedad a una violación de otro tipo de obligación internacional. Así, la CDI asentó en el artículo 19 del citado Proyecto, la diferencia entre dos tipos de ilícitos internacionales, a saber: (i) los crímenes y (ii) los delitos, determinando que los primeros son perpetrados cuando se violentan obligaciones que representan intereses fundamentales para la comunidad internacional.

Hablar, pues, de normas de *ius cogens* -cuya violación el referido Proyecto CDI-Estado (1996) catalogaba como “crimen internacional”<sup>147</sup>-, implica que ciertos derechos están revestidos de carácter imperativo, acarreando obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluido entre particulares.<sup>148</sup>

Siendo así las cosas, recordemos que el artículo 39 de la Carta ONU recoge tres cuestiones que implican violaciones de normas imperativas de Derecho Internacional general: toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Sin embargo, éstos no son conceptos concretos ni claros que

<sup>145</sup> A saber: a) la igualdad soberana de los Estados, respeto de su integridad territorial e independencia política; 2) la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza de manera incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; 3) la solución pacífica de las diferencias de conformidad con los principios de justicia y del Derecho Internacional; 4) la libre determinación de los pueblos bajo dominación colonial u ocupación extranjera; 5) la no intervención en los asuntos internos de los Estados; 6) el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación por razón de raza, sexo, lengua o religión; 7) la cooperación internacional para solucionar los problemas internacionales de naturaleza económica, social, cultural o humanitaria; 8) el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta. Vid. AGNU, Resolución Núm. 2625-XXV, *Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta*, 25ª Sesión Plenaria, 24 de octubre de 1970.

<sup>146</sup> Vid. AGNU, Resolución Núm. 50/6, *Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas*, 40ª Sesión Plenaria, 9 de noviembre de 1995; Vid. AGNU, Resolución Núm. 55/2, *Declaración del Milenio*, 8ª Sesión Plenaria, 13 de septiembre de 2000; Vid. AGNU, Resolución Núm. 60/1, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, 8ª Sesión Plenaria, 16 de septiembre de 2005.

<sup>147</sup> Aunque sin diferenciar entre “crimen” y “delito” al haberse eliminado como agravante la violación a normas *ius cogens*, el actual Proyecto CDI-Estado reconoce que el incumplimiento de una obligación que emana de una norma *iuris cogens* implica una violación grave de dicha obligación (art. 40, Proyecto CDI-Estado) por lo que, sin perjuicio de otras consecuencias, ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por dicha violación ni prestará ayuda o asistencia para mantenerla; todo lo contrario, su deber es cooperar para ponerle fin, por medios lícitos (art. 41, Proyecto CDI-Estado).

<sup>148</sup> Vid. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A Núm. 18, 17 de septiembre de 2003, § 110; Corte IDH, *Servellón García y Otros vs. Honduras*, Serie C Núm. 152, 21 de septiembre de 2006, § 94.

permitan derivar qué tipo de conductas quedan englobadas en los mismos. A causa de ello, para delimitar qué clases de normas podrían ser consideradas imperativas o no, debemos remontarnos al Proyecto CDI (1966), donde vemos que hubo una preocupación por precisarlas, a partir de algunas violaciones específicas.

En efecto, la CDI consideró en dicho momento que serían Tratados incompatibles con el *ius cogens* aquellos cuyo objeto representara un acto delictivo en el Derecho Internacional, como por ejemplo, el uso ilícito de la fuerza prohibido por la Carta ONU, la trata de esclavos, la piratería, el genocidio, la violación de derechos humanos y la vulneración de la igualdad de los Estados y al principio de la libre determinación de los pueblos. Varias de estas infracciones fueron expuestas en el artículo 19.3 del referido Proyecto, cuando se estableció un inventario de obligaciones violadas que debían tipificarse como un “crimen”.<sup>149</sup> En el referido repertorio se tomó en consideración si los intereses mencionados a continuación quedaban o no menoscabados, a saber: (i) el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional; (ii) la libre determinación de los pueblos; (iii) el ser humano como tal; y, (iv) el medio ambiente. Todas estas cuestiones, como vemos, fueron ya ejemplificados en su momento por el profesor Lauterpacht en el Proyecto CDI (1966) antes mencionado. En cualquier caso, resulta relevante precisar que el citado inventario de violaciones permitió establecer otro, en torno a normas específicas que supondrían la terminación de Tratados contrarios al *ius cogens*.

Por último, debemos subrayar que en cuanto al efecto que genera el *ius cogens* en los Tratados, el IDI reconoció -en una resolución emitida en 1967- la necesidad de que la parte que termina el Tratado, tiene el deber -como *prima ratio*- de notificar a la otra su intención en concluir el acuerdo en cuestión. En caso de desacuerdo, deberán acudir a los métodos pacíficos de controversias para que -como *ultima ratio*- sea ventilada la controversia.

A raíz de ello, como veremos más adelante, se realizó una clara distinción entre el *ius cogens* como causa de nulidad (art. 53 de la CVDT) y como causa de terminación (art. 64 de la CVDT). En este último supuesto, a raíz de la necesidad de notificar a la otra parte la intención de terminar el Tratado, veremos

---

<sup>149</sup> De cualquier modo, la tipificación de *crimen* y delito desapareció en 2001, con el nuevo Proyecto de la CDI (2001). Fue sustituido por “*violencia grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general*” Cfr. CDI, Art. 40, Proyecto CDI Estado (2001).

que el *ius cogens superveniens* no puede aplicarse de manera automática, sino que da a las partes la oportunidad de modificar la disposición que colisione con la nueva norma imperativa que ha surgido con posterioridad a la suscripción del Tratado.

## 2. LA TRÍADA COGNITIVA DEL *IUS COGENS* EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PRE Y POST CONVENCIÓN DE VIENA DE DERECHO DE LOS TRATADOS

Como se expondrá en detalle a continuación, veremos que el *ius cogens* se ha invocado en varios fallos tanto de la CPJI como de la CIJ, así como en algunas opiniones disidentes y separadas de diversos magistrados.<sup>150</sup> Conviene señalar, sin embargo, que la jurisprudencia ha sido tan ambigua y escasa en el tema que apenas ha servido para conocer el desenvolvimiento histórico y revelar el desinterés práctico de los Estados y la comunidad internacional a la hora de hacer operativo el artículo 64 de la CVDT.

De la escasa y limitada aportación que exploramos, notamos que los tribunales han desarrollado un repertorio de hábitos “conceptuales” sobre el *ius cogens* en el que plasman una interpretación concreta dirigida a condicionar la operatividad de las normas sobrevenidas como causa de terminación de Tratados. Estas contribuciones las hemos compilado en tres grandes categorías, las cuales giran en torno al análisis

---

<sup>150</sup> En el informe sobre la fragmentación del Derecho Internacional, el Grupo de Estudio enumera diversas opiniones de los Magistrados sobre el *ius cogens*, incluidas las siguientes: CPJI, *Oscar Chinn, Serie A/B*, Núm. 63, 1934, dissenting opinion of judge Schücking, p. 149; Vid. CIJ, *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands vs. Sweden)*, 1958, p. 55, separate opinion of judge Moreno Quintana, pp. 106 et seq.; Vid. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, 1969, p. 3, separate opinion of judges Padilla Nervo y Sörensen, pp. 97 y 248; Vid. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, 1969, p. 3, dissenting opinion of judge Tanaka, p. 182; CIJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. Spain) (Second Phase)*, 1970, p. 3, separate opinion of judge Ammoun, p. 304; Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)* 1986, p. 14, separate opinion of president Nagendra Singh, p. 153; Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, 1986, p. 14, separate opinion of judge Sette-Camara, pp. 199 et seq.; Vid. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, 1993, p. 325, separate opinion of judge ad hoc Lauterpacht, p. 440; CIJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia vs. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures*, 1999, p. 916, dissenting opinion of judge ad hoc Kreća, §§ 10-17, pp. 53-61; Vid. CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, 2002, p. 3, dissenting opinion of judge Al-Khasawneh, § 3, p. 95; Vid. CIJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran vs. United States of America)*, 2003, p. 161, separate opinion of judge Buergenthal, § 23; Cfr. *The Arbitral Award in the Matter between the Government of Kuwait and American Independent Oil Company* (1982) 21 ILM 976, § 90. *Azanian People's Organisation (AZAPO) vs. Truth and Reconciliation* 1996 (4) SA 562 (C), 574B.

que los órganos judiciales han hecho sobre el *ius cogens ex ante* y *ex post* a la CVDT, así como de aquellas valoraciones que se han aportado en forma de *obiter dictum*, a saber: (A) el reconocimiento de la existencia de normas con carácter fundamental, imperativo o *erga omnes* que no generan obligaciones o derechos específicos; (B) el reconocimiento de la competencia jurisdiccional para conocer y valorar las violaciones de normas imperativas cometidas en un territorio específico cuando se adopta un determinado instrumento legal vinculante; y, (C) el reconocimiento del *ius cogens* como causa de nulidad o terminación de un Tratado en el que no existe un elemento legal vinculante de aplicación.<sup>151</sup>

### **A. RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE NORMAS CON CARÁCTER FUNDAMENTAL, IMPERATIVO O *ERGA OMNES* QUE NO GENERAN OBLIGACIONES O DERECHOS ESPECÍFICOS**

En este apartado se engloban los casos donde, el tribunal o uno de sus jueces mediante voto separado, reconocen la existencia de normas con carácter fundamental, imperativo o *erga omnes* que no generan obligaciones o derechos específicos. Así pues, en este ámbito, cabe mencionar como primer precedente jurisprudencial, el laudo arbitral del asunto *Pablo Nájera* (1928) en el que se reconoció que los compromisos asumidos por los Estados tenían un valor jurídico que no podían ser derogados por los particulares.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Estos criterios, que hemos denominado La Tríada Cognitiva del *Ius Cogens*, revela una importante deficiencia conceptual y práctica sobre el tema que nos ocupa. En efecto, como ya se verá, todas las decisiones inclinarán por determinar la inviabilidad aplicativa del artículo 64 de la CVDT y de las normas imperativas.

<sup>152</sup> “(...)J'admets, par suite, l'interprétation acquise, selon laquelle l'article 18 — sans porter atteinte à la force obligatoire, entre les Parties contractantes, de la convention dûment ratifiée, mais pas enregistrée, de sorte qu'elles ne peuvent plus se rétracter unilatéralement, ni conclure avec d'autres Puissances des conventions incompatibles avec la première — empêche tout de même que les Parties contractantes en fassent valoir les stipulations en justice, l'une envers l'autre, non seulement devant les organes de la Société des Nations, notamment l'Assemblée et le Conseil, et devant la Cour permanente de Justice internationale, créée par ladite Société, mais encore devant tout autre tribunal appelé à fixer les rapports juridiques entre les deux Etats en question —interprétation qui revient à attribuer aux engagements résultant de la convention non enregistrée une valeur juridique analogue aux obligations dites "naturelles" du droit privé, et à l'article 18 lui-même, le caractère d'une règle de droit à laquelle il n'est pas libre aux Etats, membres de la Société des Nations, de déroger par des stipulations particulières, entre eux (ius cogens) Dans cette interprétation, la Commission franco-mexicaine serait donc, non seulement autorisée, mais même obligée, à faire application de la seconde phrase de l'article 18, comme dominant toutes les relations conventionnelles des Etats membres de la Société des Nations, si les suppositions sub 2), 3) et 4) étaient correctes (...)” [Subrayado nuestro] *Cfr. UNRIIA, Pablo Nájera (France) vs. United Mexican States*, Decision Núm. 30-A, Vol. V (p. 466-508), 19 October 1928, pp. 469-470. Asimismo, indicó que “(...) [l]a raison pour laquelle, entre membres de la Société des Nations, une convention non enregistrée

Años después, la CPIJ fue exhortada a definir el *ius cogens* aunque, cuidadosamente, eludió cualquier pronunciamiento al respecto. Sin embargo, en el voto disidente del juez Schücking, en el asunto *Oscar Chinn* (1934), se utilizó el referido término, reconociendo su existencia e indicando que todo acto contrario a una obligación imperativa debe ser nulo de pleno derecho.<sup>153</sup> Desde la creación de la CIJ y a la luz de los parámetros dados por los artículos 53 y 64 de la CVDT, varios casos han traído a colación supuestos de normas imperativas a las que no se quería calificar como tales, afirmando su condición de obligaciones *erga omnes*.

En este sentido, debemos destacar la opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951), en la que la CIJ reconoce que las disposiciones de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio “(...) son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, inclusive sin necesidad de que exista una obligación convencional.”<sup>154</sup> Evidentemente, esta afirmación de la CIJ se produce antes de la elaboración de la CVDT; concretamente, dos años antes de la adopción del primer proyecto de la CDI sobre el Derecho de Tratados. Ya en 1953, para este primer reporte, el Relator Especial Lauterpach parte sin duda de este razonamiento de la CIJ para delimitar lo que serán las disposiciones de la CVDT y el marco conceptual de las normas *ius cogens*.

---

ne saurait être considérée comme obligatoire, pas même par un tribunal international indépendant de la Société (voir ci-dessus, ad 1), consiste en ceci que les Parties contractantes sont, l'une et l'autre, liées par la même règle de droit impérative (jus cogens), qui prévaut sur leur liberté d'agir en matière de traités internationaux. Mais cette raison n'existe pas, en ce qui concerne les traités conclus entre un Etat membre et un Etat non membre, et non enregistrés. Il va de soi qu'un tribunal international indépendant n'a pas, comme les organes de la Société des Nations, la mission de coopérer ex officio à l'accomplissement, par les membres de ladite Société, de leurs obligations vis-à-vis de celle-ci, et d'en frapper l'inobservation par des sanctions, qui ne découlent pas également des principes généraux du droit. (...)” *Ibid*, p. 472.

<sup>153</sup> Vid. CPIJ, *The Oscar Chinn case (United Kingdom vs. Belgium)*, Series A/B Núm. 63, 1934, Individual Opinion of Judge Schücking, pp. 148-150.

<sup>154</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation (...)” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 15, p. 23.

En los casos *North Sea Continental Shelf* (1969), dictados pocos meses antes de la suscripción de la CVDT, la CIJ se refiere al *ius cogens* y reconoce la existencia de normas de interés para la comunidad que, por su perfil, no pueden estar sujetas a reservas unilaterales.<sup>155</sup> Cualquier reserva formulada en perjuicio de dicha normativa será, por tanto, nula e inaplicable.<sup>156</sup> Más adelante, nueve años después del asunto *Barcelona Traction* (1970), la CIJ -al aplicar el contenido de la CVDT- reconoce formalmente alguno de los *Caracteres Generales*<sup>157</sup> que el Derecho Internacional y la CVDT habían desarrollado, dando los primeros pasos para una hermenéutica legal adecuada.

Dicho órgano judicial determinó que todos los Estados tienen un interés jurídico en la observancia de las obligaciones que emanan de la comunidad internacional en su conjunto, diferenciando las obligaciones *vis-à-vis* asumidas entre Estados (*e.g.* en materia de protección diplomática) de aquellas otras que presentan una dimensión *erga omnes* (*e.g.* prohibición de actos de agresión y genocidio, así como la obligación de respetar los principios y reglas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos la protección de la esclavitud y la discriminación racial).<sup>158</sup> Posteriormente, las

---

<sup>155</sup> De manera expresa la CIJ estipuló lo siguiente: “A treaty may contain a clause allowing or prohibiting reservations to some of its provisions. A party making permitted reservations to a particular article is not bound by its text. The very purpose of a reservation is to allow parties to escape from the rigid application of a particular provision. No right is conferred to make unilateral reservations to articles which are declaratory of established principles of international law. Customary rules belonging to the category of *jus cogens* cannot be subjected to unilateral reservations. It follows that if the Convention by express provision permits reservations to certain articles this is due to recognition of the fact that such articles are not the codification or expression of existing mandatory principles or established binding rules of general international law, which as such are opposable not only to the contracting parties but also to third States.” Cfr. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3, individual opinion of Judge Padilla Nervo, pp. 97-98.

<sup>156</sup> El Juez Tanaka indicó en el caso *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)* de la CIJ lo siguiente: “(...)However, if a reservation were concerned with the equidistance principle, it would not necessarily have a negative effect upon the formation of customary international law, because in this case the reservation would in itself be null and void as contrary to an essential principle of the continental shelf institution which must be recognized as *jus cogens* (...)” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, individual opinion of Judge Tanaka, p. 182.

<sup>157</sup> Hemos denominado “Caracteres Generales”, aquellas características claras y determinadas dadas por la CVDT, que son comunes a todas las normas de *ius cogens* y que se centran en las consecuencias derivadas de su carácter imperativo. *Infra*.

<sup>158</sup> En el caso *Barcelona Traction* (1979) la CIJ afirmó lo siguiente: “33. When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Judgment, 1970, p. 3, p. 32, § 33. Asimismo, véase la opinion individual del juez Ammoun en este caso. *Vid.* individual opinion of Judge Ammoun, p. 304.

mencionadas cuestiones fueron tratadas nuevamente por la CIJ en su opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004).<sup>159</sup>

En línea con lo anterior, la Corte IDH indicó que “[e]n realidad, la protección internacional de los derechos humanos (imperativa) y la protección diplomática (discrecional), operando de formas y en contextos fundamentalmente distintos, siguen coexistiendo en nuestros días, mitigando así la extrema vulnerabilidad de numerosas personas. La protección diplomática está condicionada por la nacionalidad (efectiva) como *vinculum iuris*, mientras que la protección internacional de los derechos humanos pone de relieve la obligación general de los Estados Partes en Tratados de derechos humanos como la [CADH] de respetar y asegurar el respeto de los derechos protegidos, en beneficio de todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente del vínculo de nacionalidad.”<sup>160</sup>

Retomando los casos analizados por la CIJ, debemos subrayar que en el asunto *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (1980), dicho tribunal evadió referirse a la cuestión de si la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas constituía o no una vulneración de las normas de *ius cogens*. No obstante lo anterior, sí se refirió al “carácter fundamental del principio de inviolabilidad” y al “carácter imperativo de las obligaciones legales del gobierno Iraní.”<sup>161</sup> Una referencia implícita a estas normas puede encontrarse también en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (1986), donde se calificaron de *fundamentales* o *esenciales* para las relaciones internacionales toda una serie de principios, en particular el que prohíbe la agresión.<sup>162</sup>

Posteriormente, en el asunto *Certain Phosphate Lands in Nauru* (1992)<sup>163</sup>, expresamente la CIJ omitió los más elementales criterios del *ius cogens* y se aplicó el controvertido precedente del asunto

---

<sup>159</sup> Vid. CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, p. 136, p. 199, § 155.

<sup>160</sup> Cfr. Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Serie C Núm. 130, 8 de septiembre de 2005, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 12.

<sup>161</sup> Cfr. CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States vs. Iran)*, 1980, p. 3, pp. 40-41.

<sup>162</sup> Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 14, §§181, 188, 190.

<sup>163</sup> Vid. CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru vs. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1992, p. 240.



*Monetary Gold case* (1954). En este caso, el derecho de libre determinación fue descrito como una norma *erga omnes* en vez de *ius cogens*.<sup>164</sup>

Asimismo, en la opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), el referido órgano judicial afirmó que las normas fundamentales de Derecho Internacional humanitario se imponían a todos los Estados como principios inquebrantables del Derecho Internacional consuetudinario.<sup>165</sup> Por otra parte, en el asunto *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (1971)<sup>166</sup>, así como en el asunto *East Timor (Portugal vs. Australia)* (1995), la CIJ consideró “irreproachable”<sup>167</sup> el carácter *erga omnes* del derecho de libre determinación de los pueblos. Esto fue reiterado por dicho tribunal para la prohibición del crimen de genocidio en el asunto *Application of the Convention and the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia)*.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Vid. CIJ, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy vs. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Preliminary Question, Judgment, 1954, p. 19, p. 102.

<sup>165</sup> De manera textual, la CIJ expresa lo siguiente: “79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel case (I. C. J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.” Cfr. CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, p. 226, p. 257, §79, p. 258 § 82, p. 262 §92.

<sup>166</sup> Vid. CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 16, individual opinion of Judge Ammoun, p. 72; Vid. SINCLAIR, I. *op. cit.*, p. 211.

<sup>167</sup> El texto original indica lo siguiente: “In the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53 ; *Western Sahara, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law.” [Subrayados nuestros] Cfr. CIJ, *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, 1995, p. 90, p. 102, § 29.

<sup>168</sup> Vid. CIJ, *Application of the Convention and the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1996, p. 595, p. 616, § 31.

Al hilo de todas estas cuestiones debemos mencionar el asunto *the Arrest Warrant case* (2002), donde la CIJ no reconoció la prevalencia del *ius cogens* respecto a la inmunidad diplomática que poseía un funcionario respecto a crímenes de lesa humanidad que habría cometido.<sup>169</sup>

De cualquier forma, se hace justo mencionar que en algunos casos la CIJ se ha mostrado más dispuesta a considerar determinadas normas como *imperativas*. Como ejemplo de ello, podemos mencionar el asunto *Armed Activities on the Territory of the Congo* (2005)<sup>170</sup> y el asunto *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)* (2012). En este último, la CIJ afirmó que “la prohibición de la tortura forma parte del Derecho Internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*).”<sup>171</sup> Además, dicho órgano judicial también señaló que la prohibición para cometer tortura se “basaba en una práctica internacional generalizada y en la *opinio juris* de los Estados”<sup>172</sup>, que no solo ha sido codificada “en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal”, sino que también “se ha incorporado al derecho interno de casi todos los Estados.”<sup>173</sup>

Como pudimos comprobar de los casos arriba citados, todos ejemplos observados por la CDI en el informe que acompaña al Proyecto CDI-Estados (2001) y en el más reciente Reporte de la CDI (2014), vale recalcar, se refieren a obligaciones que nacen del *ius cogens* y así lo ha reconocido la comunidad internacional. Sin embargo, pese a este incuestionable reconocimiento, la CIJ se abstiene de etiquetar como imperativas las normas que incorporan tales obligaciones o, al hacerlo, condiciona su operatividad a otras figuras -como la inmunidad diplomática-, como sucedió en el asunto *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* (2012)<sup>174</sup> de la CIJ, el cual abordaremos en detalle más adelante.

---

<sup>169</sup> CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, Judgment, 2002, p. 3, pp. 24-26, §§ 58-6. Asimismo, vease lo votos disidentes de Al-Khasawneh y Van Den Wyngaert, respectivamente. *Vid.* Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh, p. 98, § 7; *Vid.* Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Van Den Wyngaert, p. 155, § 28.

<sup>170</sup> *Vid.* CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda)*, Judgment, 2005, p. 168, § 203-204

<sup>171</sup> La traducción es nuestra. *Cfr.* CIJ, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)*, Judgment, 2012, p. 422§ 99.

<sup>172</sup> La traducción es nuestra. *Ibidem.*

<sup>173</sup> La traducción es nuestra. *Ibidem.*

<sup>174</sup> *Vid.* CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, p. 99, §§ 91, 96 y 100.

Al margen de lo anterior, conviene destacar que el concepto de *ius cogens* ha sido invocado y reivindicado individualmente por jueces, tanto en votos separados como disidentes, tanto en el marco de la CPJI<sup>175</sup>, de la CIJ<sup>176</sup> y hasta en controversias arbitrales<sup>177</sup> y los máximos tribunales a lo interno de los Estados<sup>178</sup>. Por supuesto, el mismo ha sido desarrollado ampliamente por la Corte EDH<sup>179</sup>, el TPIR, el TJUE y, principalmente, por la Corte IDH y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en lo adelante, “TPIY”).<sup>180</sup> Por ejemplo, el Juez Cançado Trindade, en su voto separado emitido en el marco de la opinión consultiva *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (2010), reconocía que la violación de una norma de *ius cogens* -como lo es la prohibición para cometer tortura- compromete la responsabilidad de los Estados y la de los individuos involucrados.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Vid. CPJI, Oscar Chinn, *Series A/B*, N° 63, 1934, Dissenting Opinion of Judge Schücking, p. 149.

<sup>176</sup> Por ejemplo, véase la *opinion disidente del magistrado Moreno Quintana en CIJ, Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (the Netherlands vs. Sweden)* 1958, p. 55, opinión separada del Magistrado Moreno Quintana, pp. 106 *et seq.* Asimismo, véase CIJ, *Right of Passage over Indian Territory case (Portugal vs. India)*, Merits, Judgment, 1960, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandes, p. 135; Vid. CIJ, *South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa)*, Second Phase, Judgment, 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, p. 298; Vid. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, 1969, p. 3, Separate Opinion of Judges Padilla Nervo and Sörensen, pp. 97 y 248; Vid. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, 1969, p. 3, Disenting Opinion of judge Tanaka, p. 182; Vid. CIJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. Spain) (Second Phase)*, 1970, p. 3, separate opinion of judge Ammoun, p. 304; Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, 1986, p. 14, separate opinion of Presidente Nagendra Singh, p. 153; Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, 1986, p. 14, separate opinion of judge Sette-Camara, pp. 199 *et seq.*; Vid. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, 1993, p. 325, separate opinion of judge ad hoc Lauterpacht, p. 440; Vid. CIJ, *Legality of Use of Force (Yugoslavia vs. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures*, 1999, p. 916, dissenting opinion of judge ad hoc Kreća, pp. 53-61, §§ 10-17; Vid. CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, 2002, p. 3, dissenting opinion of judge Al-Khasawneh, §3, p. 95; Vid. CIJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran vs. United States of America)*, 2003, p. 161, dissenting opinion of judge Buergenthal, §23.

<sup>177</sup> Véase en este sentido el laudo arbitral dictado en el asunto *Government of Kuwait and American Independent Oil Company* (1982). Vid. *Government of Kuwait and American Independent Oil Company (Kuwait vs. Aminoil)*, Award, en: ILM, Vol. 21, (p. 976-1053), 1982, § 90.

<sup>178</sup> Por ejemplo, véase: Vid. Corte Suprema de Argentina, *Caso Priebke erich s/ extradición*, Fallo 318:2148, considerando 70; Vid. Constitutional Court of South Africa, *Azanian People's Organisation (AZAPO) and Others vs. President of the Republic of South Africa, the Truth and Reconciliation Comission and Others*, 1996 (4) SA 562 (C), 574B.

<sup>179</sup> E.g. Corte EDH, *Al-Adsani vs. United Kingdom*, Grand Chamber, 2001.

<sup>180</sup> E.g. TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, IT-95-17/I-T, Judgment, 1998, §§ 153-156.

<sup>181</sup> De manera expresa, la CIJ ha establecido lo siguiente: “215. As to these latter, in contemporary international law it is clear that the prohibitions of torture, of ethnic cleansing, of summary or extra-legal executions, of forced disappearance of persons, re *absolute* prohibitions, in any circumstances whatsoever: they are prohibitions of *jus cogens*. Breaches (at *intra-State* level) of those prohibitions, such as those which occurred in Kosovo during its grave humanitarian crisis, are violations of peremptory norms of general international law (i.e., of *jus cogens*), promptly engaging the responsibility of their perpetrators (States and

Sin embargo, de todos estos votos separados y disidentes plasmados en sentencias por jueces de los diversos y mencionados tribunales internacionales, se debe resaltar el del Juez Dugart en *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)* (2006), en el que afirma que las normas de *ius cogens* habitan “en un espacio bizarro y osado”, convirtiéndose en *principios* y *políticas* dentro del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, afirma que, en primer lugar, las normas imperativas se erigen como *principios* debido a que se les ha provisto de la *exigibilidad* y *justiciabilidad* necesaria al afirmarlos como reglas generales de comportamiento, que debe ser respetadas por todos. En caso de ser violentadas, generan unas obligaciones y responsabilidades ineludibles. Por otro lado, las normas de *ius cogens* son también *políticas* debido a que estructuran legal y legítimamente la meta más fundamental de la comunidad internacional, que no es otra que todo sea interpretado conforme a ellas y que, todo acto u actuación que las contraríe, está prohibido. Esto explica por qué dichas normas disfrutan de una superioridad jerárquica, lo cual debería inevitablemente jugar un rol preponderante en el “proceso de elección judicial.”<sup>182</sup> No obstante, como demostraremos a lo largo de este documento, la operatividad de estas normas está en un espacio pusilánime, condicionada por la voluntad y soberana apreciación de los Estados.

## **B. RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER Y VALORAR LAS VIOLACIONES DE NORMAS IMPERATIVAS COMETIDAS EN UN TERRITORIO ESPECÍFICO CUANDO SE ADOPTA UN DETERMINADO INSTRUMENTO LEGAL VINCULANTE**

En este epígrafe deben ubicarse los supuestos ventilados ante los tribunales nacionales e internacionales, donde la operatividad de las normas imperativas se ha visto condicionada por criterios puramente procedimentales.

---

individuals), with all the juridical consequences ensuing therefrom (which have not yet been sufficiently elaborated by international case-law and legal doctrine to date).” Cfr. CIJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 2010, separate opinion of Judge Cançado Trindade, §215.

<sup>182</sup> La traducción es nuestra. Cfr. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, Separate opinion of Judge ad-hoc Dugart, p. 89, § 10.

Así pues, debemos traer a colación el asunto *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)* (2002), en el cual la CIJ sostuvo que el hecho de que un ministro de Relaciones Exteriores fuera acusado de cometer crímenes de guerra o crímenes de *lesa humanidad* -prohibiciones, vale recordar, que se constituyen como normas imperativas-, no impedía que República Democrática del Congo solicitara la inmunidad a su favor, basada en la costumbre internacional.<sup>183</sup> Este mismo criterio ya había asumido en el asunto *Al-Adsani* (2001)<sup>184</sup> de la Corte EDH.

Asimismo, en el asunto *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, la CIJ consideró que la relación de un asunto con una norma de *ius cogens*, en ese caso la prohibición del genocidio, “no justifica por sí sola que la Corte sea competente para conocer de la controversia.”<sup>185</sup> Conforme a este criterio, el derecho que se aduce infringido, así como el carácter imperativo del mismo, es valorado por un tribunal siempre que exista un elemento legal de vinculación.

Más recientemente, en *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* (2012), la CIJ trató por primera vez la inmunidad de jurisdicción de un Estado ante los tribunales nacionales de otro, así como la aplicación del Derecho a la inmunidad de jurisdicción en casos en los que se habían invocado violaciones a normas imperativas, específicamente la perpetración de crímenes de guerra o crímenes de *lesa humanidad* -normas imperativas-. Todo ello giraba en torno a si las jurisdicciones italianas podían conocer de los reclamos fundados en estas violaciones, cometidas por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial -entre 1943 y 1945-.

Pese a la oportunidad que tuvo de crear un importante precedente, la CIJ nuevamente condicionó la operatividad del *ius cogens* afirmando, en el caso recientemente citado, que las normas sobre inmunidad estatal son normas de procedimiento, y que reconocer la inmunidad del Estado por encima de obligaciones

---

<sup>183</sup> Vid. CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, Judgment, 2002, p. 3, §58.

<sup>184</sup> Se acusaba a Reino Unido de violar una norma de *ius cogens* cuando le reconoció la inmunidad estatal a Al-Adsani y se negó a juzgar la responsabilidad de Kuwait. Pero la Corte EDH, sin negar que un Estado que tortura violenta una norma imperativa, absolvió a Reino Unido, argumentando que ese carácter podía extenderse hasta el punto de obligarlo a derogar la inmunidad que Kuwait poseía sobre demandas civiles causadas por las alegadas torturas cometidas fuera de su territorio. Vid. Corte EDH, *Al-Adsani vs. United Kingdom*, Grand Chamber, 2001, §§60, 66.

<sup>185</sup> Cfr. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, § 64.

imperativas, no significa aceptar como legal la situación creada por la violación de una norma de *ius cogens* o prestar ayuda para mantener la situación, ni que la inmunidad de jurisdicción es una cuestión independiente de la responsabilidad del Estado o de su obligación de reparar los daños provocados.<sup>186</sup>

Si no fuera suficiente con lo anterior, el juez Tanaka estableció en su voto disidente que “(...) la naturaleza de la obligación bajo el Derecho Internacional a causa de la cual se genera la controversia, no provee por sí misma suficiente evidencia de que la jurisdicción puede ser ejercida sobre Estados extranjeros en caso de demandas por reparación motivadas en el incumplimiento de una obligación bajo una norma imperativa.”<sup>187</sup>

En lo relativo al Derecho interno, son relevantes los *Bouzari* (2004) de la Corte de Apelación de Ontario<sup>188</sup> y *Jones* (2006)<sup>189</sup> de la Cámara de los Lores del Reino Unido, los cuales reconocen el mismo criterio de la CIJ. Además, conviene recordar que muchos otros tribunales internos también han asumido esta postura.<sup>190</sup> Como caso excepcional y ejemplar, debemos mencionar el asunto *Ferrini* (2004), donde la Corte Suprema de Italia indicó que el carácter imperativo de la prohibición para cometer crímenes de guerra sobrepasaba la inmunidad de Alemania por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra

---

<sup>186</sup> En efecto, la CIJ expuso en el asunto *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* lo siguiente: “97. Accordingly, the Court concludes that even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of jus cogens rules, the applicability of the customary international law on State immunity was not affected.” Cfr. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, p. 99, §§ 91, 96 y 100.

<sup>187</sup> El texto original estipula lo siguiente: “If one takes into consideration all these elements of practice, one has to reach the conclusion that the nature of the obligation under international law which is at the origin of the claim does not per se provide sufficient evidence that jurisdiction may be exercised over foreign States in case of a claim for reparation for the breach of an obligation under a peremptory norm wherever committed.” Cfr. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Tanaka, pp. 9-10.

<sup>188</sup> Vid. Court of Appeal for Ontario, *Bouzari vs. Islamic Republic of Iran*, C38295, 2004.

<sup>189</sup> Lord Hoffmann afirmó que, otorgando la inmunidad a Arabia Saudita, el Reino Unido “(...) is not proposing to torture anyone. Nor is the Kingdom, in claiming immunity, justifying the use of torture. It is objecting *in limine* to the jurisdiction of the English court to decide whether it used torture or not.” (...) “necessary to show that the prohibition of torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to State immunity, entitles or perhaps requires States to assume civil jurisdiction over other States in cases in which torture is alleged.” Cfr. UKHL, *Jones vs. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, UKHL 16, 14 June 2006, §§ 44-45 (*per* Lord Hoffmann).

<sup>190</sup> Vid. UKHL, *Jones vs. Arabia Saudita*, 2007, 1 AC 270; ILR, vol. 129, p. 629; de Canadá (*Bouzari vs. República Islámica de Irán*, Corte de Apelación de Ontario, (2004) DLR, 4th Series, vol. 243, p. 406; Vid. ILR, vol. 128, p. 586), de Polonia (*Natoniewski*, Corte Suprema, Polish Yearbook of International Law, vol. XXX, 2010, p. 299), de Eslovenia (sentencia de la Corte Constitucional en el caso Núm. Up-13/99), de Nueva Zelanda (*Fang vs. Jiang*, Alta Corte, [2007] NZAR, p. 420; ILR, vol. 141, p. 702) y de Grecia (*Margellos*, Tribunal Superior Especial, ILR, vol. 129, p. 525), al igual que para la Corte EDH en los casos *Al-Adsani vs. Reino Unido* y *Kalogeropoulou y otros vs. Grecia y Alemania*.

Mundial.<sup>191</sup> Este criterio, el cual compartimos, de generalizarse en el Derecho Internacional, es el que permitirá hacer justiciable el artículo 64 de la CVDT. Este criterio, sin embargo, es lamentablemente excepcional y no es la posición imperante.

Por el contrario, como pudimos ver de los asuntos *Al-Adsani* (2001) de la Corte EDH y *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)* (2002), *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* (2012), de la CIJ, en el Derecho Internacional se ha asumido como criterio preponderante que la operatividad de las normas imperativas pueden estar condicionadas a otras normas de carácter secundario, incluso normativa de carácter estatal. Es esta posición, como se desarrollará a lo largo de este trabajo, que causa *la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento* del artículo 64 de la CVDT.

Frente a este nefasto precedente solo podemos afirmar que las normas imperativas deben prevalecer sobre cualquier otra norma y, su operatividad, no debe estar condicionada por normas de procedimiento. Sin embargo, la realidad, reconocemos, es otra: el argumento de la primacía del *ius cogens* sobre el derecho de la inmunidad de los Estados ha sido desestimado por la mayoría de los tribunales nacionales, y, en el mejor de los casos, los tribunales internos han admitido que si bien una norma imperativa puede constituir una restricción legítima de la inmunidad del Estado, los hechos del caso que se evaluaba no justificaba la restricción en cuestión.<sup>192</sup> Ese mismo argumento es el utilizado por la CIJ en el asunto *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* (2012).<sup>193</sup>

Consecuentemente, debemos concluir que si bien se puede afirmar que otorgar la inmunidad no es una violación a una norma imperativa, sin duda en la práctica lo es, en la medida en que la violación a tal

---

<sup>191</sup> Vid. Italian Court of Cassation, *Ferrini vs. Federal Republic of Germany*, 11 March 2004, 2005, p. 99; Vid. DE SENA, P. y DE VITTOR, F.: “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case” en *EJIL*, Vol. 16, Núm. 1, 2005, p. 89.

<sup>192</sup> Vid. Corte de Casación francesa, *La Reunión Aérea vs. Jamahiriya Árabe Libia*, pourvoi No. 09-14743, 9 de marzo de 2011, Bull. civ., 2011, Núm. 49, p. 49

<sup>193</sup> Vid. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012.

norma no es sancionada por dicha inmunidad o cuando el resultado de dicha negación por parte del tribunal, consolida la situación a través de nuevas violaciones.<sup>194</sup>

### **C. RECONOCIMIENTO DEL *IUS COGENS* COMO CAUSA DE NULIDAD O TERMINACIÓN DE UN TRATADO EN EL QUE NO EXISTE UN ELEMENTO LEGAL VINCULANTE DE APLICACIÓN**

Existen unos pocos casos, localizados en este apartado, que reflejan el carácter mixto de las situaciones anteriormente mencionadas, en la medida en que en ellos se reconocen la existencia de Tratados que se encuentran en clara contradicción con normas de *ius cogens*. Sin embargo, a diferencia de los apartados anteriores, aquí se advierte que pese al esfuerzo de hacer *justiciable* el artículo 53 o 64 de la CVDT, el órgano judicial encargado -tribunal doméstico o internacional- no posee la competencia contenciosa para decidir sobre este crucial aspecto, lo que impide la operatividad de las citadas disposiciones legales.

Previo a la CVDT y como primer precedente jurisprudencial en materia de *ius cogens* y terminación de Tratados, debemos mencionar el asunto *S.S. Wimbledon* (1923). En este caso se estableció en un voto separado que, una disposición del Tratado de Paz de Versalles de 1919, dejaba de tener validez desde el momento en el que violentaba el derecho de un tercero, presuntamente de carácter imperativo.<sup>195</sup> Una segunda controversia, que no llegó a debatirse en foro judicial, fue la queja presentada por Chipre en relación con ciertas disposiciones de un Tratado concluido por Grecia, Turquía y el Reino Unido. En el

---

<sup>194</sup> Ibid, p. 11; Vid.. TOMUSCHAT, C.: “Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations”, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin Eds., Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 43.3

<sup>195</sup> “(...) As Holland, in the capacity of a neutral, rightly emphasized in connection with the sand and gravel transport on the Rhine, and having regard to the fact that one belligerent had in that matter invoked the Rhine Navigation Act, neutral duties must take precedence over any contractual obligations. Such is also the doctrine of the writers on international law (see Richard Kleen: *Lois et usages de la neutralité*. Paris 1898. Vol. I: pp. 223, 224). The violation of the duties of a neutral no doubt constitutes an offence under international law even when treaty obligations assumed towards third States can be put forward in support of such an act. It cannot have been the intention of the victorious States to bind the Reich, by means of the Versailles Treaty, to commit such offences as against third States. It would, moreover, have been impossible to give effect to such an intention, because legally binding contractual obligation cannot be undertaken to perform acts which would violate the rights of third parties”. [Subrayados nuestros] Vid. CPJI, *S. S. Wimbledon*, Series A Núm. 1, Judgment, 1923, Dissenting opinion of Judge Walter Schücking, p. 47.



particular, estos tres países reaccionaron a la queda de Chipre amenazando en intervenirlo -en violación a la prohibición de uso de la fuerza, considerada una norma de *ius cogens*-.<sup>196</sup>

En el mencionado asunto *Armed Activities on the Territory of the Congo between the Democratic Republic of the Congo and Rwanda* (2006), República Democrática del Congo alegó que Ruanda formuló una reserva al artículo IX de la Convención de Prevención contra el Genocidio, que era la que otorgaba competencia contenciosa a la CIJ para conocer de las violaciones cometidas en contra de dicho instrumento normativo. Sobre esta base, el referido país alegó, correctamente, que ello violentaba la prohibición de cometer genocidio -la cual se erige como una norma imperativa-. Aún esto, la CIJ indicó que no tenía indicios suficientes de jurisdicción y que carecía del consentimiento de los Estados para asumir la competencia del caso.<sup>197</sup>

Sobre todas estas cuestiones, resta decir que la práctica, reflejada en esos casos que han sido expuestos, demuestra que, citanto a Schwelb: “[no existe] caso alguno en el cual un tribunal internacional haya decidido que un Tratado sea inejecutable por su aversión a una regla perentoria.”<sup>198</sup> Siendo así las cosas, nos vemos forzados a admitir que, cinco décadas después, esta afirmación se mantiene intacta.

Tomando en consideración lo anterior, debemos apuntar que resulta evidente que existe una relevante distorsión cognitiva en lo relativo a la naturaleza de las normas de *ius cogens* y la necesidad de elementos externos (como un instrumento legal de vinculación) para hacerla operativa. Ello, sin duda, será -como ya veremos- el más importante escollo que encontraremos en el camino de tratar de hacer operativo el artículo 64 de la CVDT.

---

<sup>196</sup> Vid. SCHWELB, E., “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission”, *AJIL*, Vol. 61, 1967, p. 952.

<sup>197</sup> Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, p. 32, § 64.

<sup>198</sup> La traducción es nuestra. Cfr. SCHWELB, E. *Ibid.*, pp.949-950.

## II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Aunque gran parte de las discusiones sobre el *ius cogens* se han centrado en su relevancia práctica debemos advertir que, en este ejercicio, se ha dejado a un lado el valor simbólico de la figura,<sup>199</sup> lo que es, a nuestro entender la causa esencial de los funestos precedentes enmarcados en lo que hemos denominado la *Tríada Cognitiva del Ius Cogens*. Por ello, se hace necesario establecer los principios estructurales del *ius cogens* como fuente en el Derecho de los Tratados, independientemente de como estos se han reflejado en la práctica. Una vez se tenga claro su esencia como norma imperativa de Derecho Internacional, se podrá entender con claridad los condicionamientos operantes a los que está sometido el artículo 64 de la CVDT y así estar en capacidad de buscarle una solución a este *impasse*.

Para iniciar, debemos puntualizar que en lo referente a los artículos 53 y 64 de la CVDT, artículos en los que fue codificada la existencia de las normas imperativas en el Derecho Internacional, la CDI permitió la ratificación de la CVDT pese a que no fue definida o especificada la base teórica sobre la cual se sustenta el *ius cogens*. En efecto, como ha afirmado recientemente la CDI en su Reporte (2014) “(...) si bien en la actualidad el reconocimiento del *jus cogens* como parte de la estructura moderna del Derecho Internacional apenas suscita controversias, su naturaleza concreta, las normas que se consideran de *jus cogens* y las consecuencias del *jus cogens* en el Derecho Internacional siguen sin estar claras.”<sup>200</sup>

En lo que respecta a la jurisprudencia, pudimos notar que la CIJ no ha tratado de aclarar la naturaleza, los requisitos, el contenido o las consecuencias de las normas imperativas, sino que solo se limita a reconocer la existencia de principios de carácter fundamental o esencial en el Derecho Interanacional. Un ejemplo típico al respecto son las observaciones de la CIJ sobre la prohibición del uso de la fuerza en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)* (1986), donde indicó que los Estados a menudo se refieren a la prohibición del

---

<sup>199</sup> CHARLESWORTH y CHINKIN afirman que la importancia radica en el proceso que deber seguirse para su aplicación, criterio que compartimos y es objeto de este trabajo. De manera expresa, dichos autores indican lo siguiente: “Much of the importance of the *jus cogens* doctrine lies not in its practical application but in its symbolic significance in the international legal process.” Cfr. CHARLESWORTH, H. y CHINKIN, C., *The Gender of Jus Cogens* en *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, Núm. 1, 1993, p. 66.

<sup>200</sup> Cfr. Reporte CDI, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), A/69/10, Anexo, p. 296.

uso de la fuerza como “un principio fundamental o esencial del Derecho [internacional consuetudinario]”. Sin embargo, cuando la CDI se ha referido a este mismo principio, ha señalado de manera clara y enfática que “las disposiciones de la Carta relativas a la prohibición” son un “ejemplo destacado de normas de Derecho Internacional de *jus cogens*” y que las dos partes en la causa aluden a su condición de *jus cogens*.<sup>201</sup> Sin embargo, como afirma la propia CDI en su Reporte (2014), pese al reconocimiento de una norma imperativa, la CIJ “(...) no afirmó expresamente que, a su entender, la prohibición del uso de la fuerza era una norma de *jus cogens*.”<sup>202</sup>

Teniendo en cuenta el silencio mantenido a este respecto, resulta pertinente afirmar que algunos autores consideran que estas normas -de las que nacen diversos derechos y obligaciones con carácter *erga omnes*- adoptan la forma de *principios estructurales* a partir de los cuales debe interpretarse el ordenamiento jurídico internacional, puesto que conforman un “sistema constitucional implícito” o un “orden constitucional consuetudinario” dentro de la ONU que, de ser violentadas, darían lugar a una responsabilidad objetiva frente a todos los demás actores del sistema. Otros autores, por el contrario, indican que existe una debilidad “estructural”<sup>203</sup> y “conceptual”<sup>204</sup> que convierte a las normas imperativas “(...) en una herramienta defectuosa.”<sup>205</sup> A raíz de todo lo anterior, cabe comprender por qué las normas imperativas presentan un carácter tan controvertido.

En cualquier caso, pese a toda esta ambigüedad, vemos que las normas imperativas y la figura de la terminación de los Tratados cumplen, dentro del orden social, una función determinada. Los *Caracteres Generales*<sup>206</sup> y *Caracteres Especiales* dados o derivados de la CVDT y el Derecho Internacional en general, articulan un sistema lógico que sigue un modelo con una estructura jerárquica, coherente y plena de normas. La vinculación de todos estos aspectos -los generales y los especiales- muestran que no existe una naturaleza “circular” como algunos han llamado, sino que en materia de Tratados, la CVDT ha

---

<sup>201</sup> Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 14, § 190.

<sup>202</sup> Cfr. Reporte CDI, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), A/69/10, Anexo, p. 300.

<sup>203</sup> Cfr. WEIL, P.: “Towards Relative Normative in International Law?” en *AJIL*, Vol. 77, Núm. 3, 1983, pp. 413-414.

<sup>204</sup> *Ibid*, p. 415.

<sup>205</sup> La traducción es nuestra. *Ibid*, p. 413.

<sup>206</sup> En este concepto, hemos agrupado las claras características que nos ha dado la CVDT de las normas imperativas, en sus artículos 53 y 64. *Infra*.

establecido la exigibilidad del *ius cogens* y la de la terminación de Tratados como figuras autónomas e independientes dentro de la CVDT.

## I. CARACTERES GENERALES DE LAS NORMAS *IUS COGENS*

La mejor forma para iniciar este apartado es resaltando que la definición dada por el artículo 53 de la CVDT es calificada de circular porque su principal elemento es “no admitir acuerdo en contrario”; siendo su efecto jurídico la nulidad *ex tunc* de un Tratado si se intentan crear derechos y obligaciones basadas en una consciente violación de una norma de *ius cogens*. El razonamiento empleado en el artículo 64 de la CVDT con efectos de nulidad *ex nunc* -terminación- es el mismo, puesto que se basa en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca del *ius cogens*.

En relación con lo anterior, cabría pensar que el artículo 53 y 64 de la CVDT proveen una definición incompleta de lo que es una norma imperativa en la medida que se centra en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma en los supuestos de colisión con otra internacional de carácter convencional. Aspectos tan relevantes como determinar cuáles son los elementos concretos necesarios para determinar si se ha formado o no una norma imperativa o quienes son capaces -y a través de cuál proceso- de reconocerle tal naturaleza, son misterios aún sin resolver. Por esto, Andreas Jacovides, antiguo miembro de la CDI, expresó que “[e]n casi un cuarto de siglo desde la aprobación de la Convención no han surgido normas autorizadas para determinar el contenido legal exacto del *jus cogens* o el proceso mediante el cual las normas jurídicas internacionales pueden alcanzar la calidad de imperativas.”<sup>207</sup>

De manera análoga, en el informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre la “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, de 13 de abril de 2006, se señalaba a propósito del *jus cogens* que “el desacuerdo sobre su fundamento teórico, su ámbito de aplicación y su contenido sigue tan amplio como siempre.”<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> Andreas Jacovides presentó en 1993 un documento a un grupo de trabajo del Grupo de Planificación sobre la inclusión del *ius cogens* como posible tema de este órgano de estudio de la ONU. *Cit.* Reporte CDI, Sixty-sixth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), A/69/10, Anexo, p. 295-296.

<sup>208</sup> Grupo de Estudio de la CDI sobre la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, 13 de abril de 2006, § 363.

Aunque la labor llevada a cabo por la doctrina y jurisprudencia, así como el importante trabajo de codificación realizado por la CDI, ha permitido una mejor comprensión del *ius cogens*, el punto de partida de cualquier estudio en la materia sigue siendo la CVDT (1969). A partir de dicho instrumento, los artículos 53 y 64 de la CVDT (1969) permiten extraer los elementos constitutivos de las referidas normas imperativas, a saber: 1) son normas jurídicas, 2) son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto 3) no admiten acuerdo en contrario; y, 4) de existir una norma contrario al *ius cogens*, ésta será nula o terminará.

Asimismo, en lo que respecta a la formación del *ius cogens*, se afirma que dos elementos, por demás subjetivos y abstractos, son esenciales, a saber: (i) la *opinio iuris cogentis*, la cual no necesita ser unánime pero debe apreciarse un criterio *consensuado* de los miembros que integran la comunidad internacional sobre la imperatividad de la norma en cuestión; y, (ii) una práctica universal, la cual puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas -e.g. un Tratado con vocación universal o una declaración de la AGNU-. Estos criterios han sido confirmados por la CIJ en el asunto *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)* (2012), cuando, al argumentar que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, el referido tribunal señala que tal prohibición se basa en “la práctica internacional generalizada y la *opinio juris* de los Estados”; y añadió que “figura en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal” y “se ha incorporado al derecho interno de casi todos los Estados.”<sup>209</sup>

En cualquier caso, producto de nuestro propio estudio, hemos podido delimitar otros elementos que se derivan de la naturaleza misma de las normas imperativas. Como veremos, estas particularidades constituyen los *Caracteres Generales*, los cuales son comunes a todas las normas de *ius cogens* y nos orientan a la hora de identificar -dentro del ordenamiento jurídico internacional- los límites existentes en relación con la voluntad de las partes. Además, dichos caracteres dan la idea de que estamos ante una regulación viva, capaz de aprender, de modificar el entorno y modificarse en el proceso. Siendo así las cosas, debemos precisar que, en torno a los mismos, podemos delimitar dos aspectos esenciales: los

---

<sup>209</sup> Cfr. CIJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)*, Judgment, 2012, p. 422, § 99.

tradicionales, propios de las normas de *ius cogens* (A); y los no expresos, que se derivan de su condición de normas imperativas (B).

## A. LOS ASPECTOS TRADICIONALES DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

De los artículos 53 y 64 de la CVDT pueden extraerse los *aspectos tradicionales*<sup>210</sup> de las normas imperativas, es decir, las cuatro características que las distinguen de otras fuentes de *Derecho Internacional*, a saber: (i) que son de *interés universal* (el *ius cogens* interesa a todos); (ii) que generan obligaciones *erga omnes*; (iii) que son inviolables (no admiten acuerdo en contrario); y (iv) que son *inderogable* (no pueden ser derogadas sino por otra norma de igual jerarquía)<sup>211</sup>. Todas estas características, las cuales sin duda alguna inciden directamente en la operatividad del artículo 64 de la CVDT, serán explicadas a continuación.

### i. NACEN POR CONSENSO UNIVERSAL

El consenso es, sin duda, la herramienta indispensable para hacer operativo el Derecho Internacional. Esto, que no podía ser de otro modo, también queda reflejado en el ámbito del Derecho de Tratados, el cual constituye un sistema de inclusión (*opt in*), basado fundamentalmente en el acto expreso de otorgar el consentimiento.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Esta clasificación se refiere tanto a comportamientos o actitudes que tienen características propias y diferenciables de otras fuentes de Derecho internacional.

<sup>211</sup> De ahí que los sujetos del Derecho internacional no puedan concertar Tratados internacionales contrarios al *ius cogens*, como tampoco pueden quebrantar este mediante un acto unilateral, o *prestar* su consentimiento para que un tercer Estado lleve a cabo una conducta contraria a una norma imperativa (por ejemplo, en este último caso, un Estado no podría prestar su consentimiento para que otro utilice la fuerza armada en o a través de su territorio a fin de llevar a cabo una agresión). *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Sobre las Normas Imperativas del Derecho internacional” en *Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurlex Ed., Madrid, 2005, p. 275.

<sup>212</sup> *Vid.* PETERSEN, N.: “The Role of Consent and Uncertainty in the Formation of Customary International Law” en *Max Planck Y.B.*, 2011, p. 2.

Sin embargo, a diferencia de como se construye el consenso en otros aspectos<sup>213</sup>, en materia de normas imperativas, es distinto. En efecto, para la formación de las normas de *ius cogens* se requiere lo que algunos denominan el “doble consentimiento” consistente en que, (i) por un lado, deben ser aceptadas por la comunidad internacional, lo cual puede reflejarse a través, entre otras cosas, de un Tratado con vocación universal o incluso de una declaración de la AGNU-; (ii) y, en que, por otro, deben erigirse como normas inderogables.<sup>214</sup> Lamentablemente, no se han facilitado detalles acerca del modo y los requisitos necesarios que determinan la existencia de esta doble aceptación.

De cualquier forma, debemos resaltar que la codificación del *ius cogens* en la CVDT refleja un asentimiento concéntrico de la noción de obligaciones internacionales, formalmente establecida en el Proyecto CDI Estado (2001), donde el foco no es el consenso soberano de los Estados, sino el consenso de los actores que integran la comunidad internacional. Las normas de *ius cogens* trascienden de los intereses particulares de uno o más Estados, debiendo ser cumplidas por éstos no porque hayan contribuido a su formación, sino por ser miembros de la sociedad internacional en la que se ha determinado que dicha normativa presenta un carácter imperativo.

En línea con lo anterior, debemos indicar que -aunque surgieron dudas en el seno de la CDI<sup>215</sup>- la aceptación y el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de las normas de *ius cogens* se produce a través de una mayoría absoluta y no, como algunos pretendieron afirmar en su momento, por medio de una *unanimidad absoluta*.<sup>216</sup> En caso de que se requiriese unanimidad se daría cabida al derecho de veto, lo cual no se corresponde con la naturaleza de las normas imperativas.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> El consenso para suscribir Tratados, la naturaleza consensual de la costumbre internacional -o de la objeción a esta- o, incluso, la renuncia a ciertos aspectos de la soberanía estatal para someterse a los dictámenes del Derecho Internacional, hace que sea un elemento absolutamente necesario en el ámbito de la comunidad internacional. Vid. LISTER, M. J., “The Legitimizing Role of Consent in International Law” en *Chicago Journal of International Law* Winter 2011, Vol. 11, Núm. 2, Winter 2011; Disponible: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636885](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636885), p. 2.

<sup>214</sup> KORNICKER UHLMANN, E. M.: “State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms” en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, 1998, p. 112.

<sup>215</sup> Vid. CDI, Second Session, 9 April-22 May 1969, UN. Doc. A/CONF.39/11/Add.1, p. 94, § 11.

<sup>216</sup> Yasseen, encargado del Comité de redacción en la Conferencia de Viena, indicó lo siguiente “[T]here is no question of requiring a rule to be accepted and recognized as peremptory by all States. It would be enough if a very large majority did so; that would mean that, if one state in isolation refused to accept the peremptory character of a rule, or if that state was supported by a very small number of states, the acceptance and recognition of the peremptory character of the rule by the international community as a whole would not be affected.” Cfr. CDI, UN. Doc. A/CONF. 39/11, p. 472.

<sup>217</sup> En los comentarios al artículo 19 del Proyecto CDI (1976) de Estado, se habló del tema al indicar lo siguiente: “[T]his certainly does not mean the requirement of unanimous recognition by all the members of the community, which would give

Es importante aclarar que la mayoría a la que nos hemos referido en el párrafo anterior -mayoría absoluta-, no necesariamente debe ser capaz de imponerse a una minoría de Estados en la creación de una determinada norma. Si éstos últimos -los minoritarios- representan los intereses de la comunidad internacional, el “consenso” de los Estados mayoritarios mayoritario reflejado en algún acto u actuación deberá anularse o terminarse en caso de que violente el *ius cogens*.

De tal modo, parece lógico pensar en la capacidad que tienen las normas imperativas de generar el respeto de los miembros de la comunidad internacional. Su violación, pues, despierta el interés jurídico de todos ellos (y no únicamente del sujeto afectado directamente), permitiendo la *exigibilidad* de una *actio popularis* a la hora de invocar la responsabilidad internacional del autor.<sup>218</sup> Es que, sea cual sea el criterio que adoptemos no existen dudas acerca de que todos parten de una misma premisa: el *ius cogens* interesa a todos y debe ser *respetado por* todos.

Su *justiciabilidad*, como veremos al tratar la legitimidad procesal activa, queda estancada, imposibilitando la operatividad de las normas imperativas.<sup>219</sup> Aquí surgen dos temas que merecen especial atención y que explicaremos en los próximos apartados, a saber: a partir de la nueva teoría de la responsabilidad fiduciaria, se hace innecesario el consenso para vincular el *ius cogens* con el ordenamiento jurídico internacional: los Estados, ante la necesidad de actuar en el mejor interés de sus mandantes -que son sus ciudadanos y los demás actores de la comunidad internacional-, deben respetar las obligaciones inherentes que nacen del mandato mismo: las normas imperativas de Derecho Internacional (a). Un segundo escenario es cuando la existencia de la norma reside total y exclusivamente en la voluntad del Estado: un Estado o un grupo de Estados pueden criticar la existencia de normas imperativas, a través de un Tratado que así lo reconozca.

---

each state an inconceivable right of veto. What it is intended to ensure is that a given international wrongful act shall be recognized as an “international crime”, not only by some particular group of states, even if it constitutes a majority, but by all the essential components of the international community.” Cfr. CDI, 1374th Meeting, 1976, Vol. I, ONU Doc. A/CN.4/291 and Add.1-2, p. 73.

<sup>218</sup> Vid. CIJ, *Barcelona Traction*, op. cit, p. 32, §§ 33-34.

<sup>219</sup> Por favor diríjase a: Capítulo IV, II *La Legitimidad Procesal Activa y Pasiva en Materia de Terminación de Tratados en virtud del artículo 64 de la CVDT*.



### a. LOS DEBERES FIDUCIARIOS COMO EXCEPCIÓN AL CONSENSO REQUERIDO EN MATERIA DE NORMAS IMPERATIVAS

En el Derecho interno,<sup>220</sup> varios son los ejemplos que se han referido, directa o indirectamente, a la “fiducia”<sup>221</sup> como mecanismo axiológico de control de las actuaciones del Estado y los órganos de la administración pública.<sup>222</sup> De hecho, gobernantes de algunos países han utilizado dicho concepto al referirse al Derecho Internacional.<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> Vid. USA Supreme Court, *Seminole Nation vs. United States*, U.S. 286, Vol. 316, 1942, p. 296-298, 304, 307-308. Vid. USA Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Jicarilla Apache Tribe vs. Supron Energy Corp.*, 728 F.2d 1555, 1563 (10th Cir. 1984). Aquí se afirmó “the Secretary is obligated to act as a fiduciary (...) his actions must not merely meet the minimal requirements of administrative law, but must also pass scrutiny under the more stringent standards demanded of a fiduciary.”). Asimismo y sobre el mismo aspecto. Vid. “Estados Unidos Laberinto de injusticia. Falta de protección de las mujeres indígenas frente a la violencia sexual”, Edición española, de Amnistía Internacional, Abril de 2007, pp. 5, 27, 57 y 73. Disponible: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div\\_online/ai.%20violencia%20muj%20indg.pdf](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/ai.%20violencia%20muj%20indg.pdf).

Aquí se mencionó que el gobierno federal de EEUU tienen una responsabilidad fiduciaria de garantizar la protección de los derechos y del bienestar de los pueblos indígenas de Alaska y del resto del país, incluida la responsabilidad de prestarles servicios sociales, educativos y médicos. Vid. Informe inicial que los Estados partes debían presentar en 1993. United States of America. 24/08/1994. CCPR/C/81/Add.4. (State Party Report), Comité de Derechos Humanos, Examen de los Informes Presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, 29 de julio de 1994. Disponible: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.81.Add.4.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.81.Add.4.Sp?Opendocument); Vid. WOOD, M. C.: “Protecting the Attributes of Native Sovereignty: A New Trust Paradigm For Federal Actions Affecting Tribal Lands and Resources” en *Utah Law Review*, Núm. 1, 1995, p. 109.

<sup>221</sup> La “fiducia” es un concepto de origen romano cuya connotación va más allá de bases legales y contempla el ideal de la confianza, buena fe, lealtad e integridad de toda aquella persona que ocupa posiciones particulares en donde se exige tal deber. Como vemos, el “consenso” no es requerido, sino que nacen ciertas obligaciones, algunas específicas y otras inherentes de carácter mínimo, aparejadas e indisolublemente apegadas al mandato específico.

<sup>222</sup> Por ejemplo, en el referido asunto *Tadic* (2005), el TPIY afirmó que “[s]e admite que el Consejo de Seguridad no puede actuar arbitrariamente o para un propósito ulterior. Se encuentra en la naturaleza de la Carta, como un tratado que ha delegado determinados poderes en las Naciones Unidas. De hecho, esta limitante es casi un corolario del principio por el cual los órganos de las Naciones Unidas deben actuar de acuerdo con las competencias delegadas. Se trata de una cuestión lógica que, si el Consejo de Seguridad actuó arbitrariamente o para un propósito ulterior, estaría actuando fuera de las competencias delegadas en la Carta.” {La traducción y subrayado son nuestros} El texto original estipula lo siguiente: “Support for the view that the Security Council cannot act arbitrarily or for an ulterior purpose is found in the nature of the Charter as a treaty delegating certain powers to the United Nations. In fact, such a limitation is almost a corollary of the principle that the organs of the United Nations must act in accordance with the powers delegated to them. It is a matter of logic that if the Security Council acted arbitrarily or for an ulterior purpose it would be acting outside the purview of the powers delegated to it in the Charter.” [Subrayado nuestro] Cfr. TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Appeals Chamber, 1995, p. 432, § 15.

<sup>223</sup> Por ejemplo, el presidente de Panamá, durante el debate general del sexagésimo segundo período ordinario de sesiones de la AGNU (2007) puntualizó que “Panamá asumió el cargo de miembro del Consejo de Seguridad con un gran sentido de solidaridad regional y responsabilidad fiduciaria frente a la comunidad internacional en todo lo concerniente al mantenimiento de la paz y seguridad internacional.” Cfr. Declaración del Excelentísimo Señor Martín Torrijos Espino, Presidente de la República de Panamá, debate general del sexagésimo segundo período ordinario de sesiones de la AGNU, 25 de septiembre de 2007, p. 1.

Asimismo, debemos advertir que el Derecho Internacional no se ha quedado rezagado y la doctrina,<sup>224</sup> así como la jurisprudencia han hecho lo propio. Como ejemplo de casos internacionales donde se aplica este criterio de responsabilidad fiduciaria, cabe mencionar el asunto *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (1980)* en virtud del cual la CIJ concluyó que la responsabilidad de Irán era consecuencia de la “inacción” de sus autoridades, las cuales “no adoptaron las medidas apropiadas” a pesar de que, por las circunstancias del caso, eran evidentemente necesarias.<sup>225</sup>

Así pues, existen claramente unos *deberes fiduciarios* que el Estado y sus instituciones deben cumplir como consecuencia del poder con el que han sido investidos, siendo responsables ante los sujetos del sistema legal doméstico al que pertenecen.<sup>226</sup> En relación con esta idea, desde el año 2009, se ha enarbolado la nueva teoría de la responsabilidad fiduciaria aplicada específicamente a las normas imperativas de Derecho Internacional en la que se afirma que los Estados y sus instituciones deben actuar de acuerdo con el derecho imperativo al que la comunidad internacional debe su propia existencia. Es decir, todas las naciones tienen la responsabilidad de prevenir y, en su caso, sancionar y repudiar la violación de normas de *ius cogens* a causa de su co-dependencia entre unos y otros.<sup>227</sup>

En materia de Tratados -aunque no en el ámbito del *ius cogens* o en aspectos relacionados con el artículo 64 de la CVDT-, esta responsabilidad fiduciaria ha sido reconocida por algunos tribunales, como es el referido asunto *New Zealand Maori Council and Ors vs. Attorney General and Ors* (2007) de la

---

<sup>224</sup> E.g. RAFFESPERGER, C., WESTON, B. H. y BOLLIER, D. A.,: “Define and Develop a Law of the Ecological Commons for Present and Future Generations”, en *Recalibrating the Law of Humans with the Laws of Nature: Climate Change, Human Rights, and Intergenerational Justice*, Appendix B, CLI Recommendation Núm. 1, Vermont Law School, 2009.

<sup>225</sup> Vid. CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States vs. Iran)*, 1980, p. 3, pp. 31-32, §§ 63 y 67. Asimismo, la Corte IDH afirmó que “en Derecho Internacional, el Estado es responsable de los actos realizados por sus agentes en el desempeño de sus funciones oficiales, así como de sus omisiones (...)”. Cfr. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C Núm. 4, 29 de julio de 1988, § 170; Asimismo, ver sobre este aspecto el laudo arbitral *Affaire relative à l’acquisition de la nationalité polonaise*. Vid. UNRIAA, *Affaire relative à l’acquisition de la nationalité polonaise*, Vol. I, 1924, p. 425. Cit. Proyecto CDI Estado (2001), Comentario al artículo 2, § 4.

<sup>226</sup> De manera específica la doctrina ha indicado lo siguiente: “(...) Under the public trust doctrine, the citizens own or have a ‘right’ to those things committed to the trusteeship of the state. The state has a fiduciary duty as trustee to preserve and protect this right. (...)” Cfr. BROWN, E. F.: “In Defense of Environmental Rights in East European Constitutions” en *University of Chicago Law School Roundtable*, Vol. 1, 1993, p. 204; Vid. BACH, T. “The Recognition of Intergenerational Ecological Rights and Duties in U.S. Law”, CLI Background Paper Núm. Núm. 6, Appendix A, of this CLI Policy Paper, pp. 37, 41; Vid. WOOD, M. C., “Advance the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations”, en *Recalibrating the Law of Humans with the Laws of Nature: Climate Change, Human Rights, and Intergenerational Justice*, Appendix B, CLI Recommendation Núm. 8, Vermont Law School, 2009, p. 95.

<sup>227</sup> Vid. CRIDDLE, E. J. y FOX-DECENT, *op. cit.*, p. 331.

Corte Suprema de Nueva Zelanda. En el citado caso, se afirma que, “sin duda alguna, los deberes de naturaleza fiduciaria relativos al Tratado, descansan en la Corona (...)”<sup>228</sup>. En torno a esta teoría, no debe existir vacilación alguna, puesto que existen unos *deberes fiduciarios* que el Estado, sus representantes e instituciones están obligados a cumplir sin necesidad de ningún otro elemento o condición, salvo el que se refiere al poder con el que han sido investidos.<sup>229</sup>

Debido a esta vigencia y exigibilidad autonómica de los deberes fiduciarios, se hace innecesario el consenso, traducido en la voluntad soberana de los Estados o el consenso de los actores de la comunidad internacional en su conjunto, de hacer vinculante el *ius cogens* al ordenamiento jurídico internacional.

Es decir, que pese a la definición dada por el artículo 53 de la CVDT, donde se exige que la norma imperativa sea “(...) una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto (...)”, la voluntad de los Estados o de la comunidad internacional para hacer operativa las normas imperativas, se hace innecesaria. Distinto es, vale diferenciar aquí, que para la creación o reconocimiento de una norma imperativa, sí se necesita el referido consenso, donde la comunidad internacional debe a través de las formas de expresión que posee el Derecho Internacional, cristalizarlas para que puedan convertirse en exigibles y justiciables.

Partiendo de la premisa anterior, nos atrevemos a afirmar que en principio, en lo referente al artículo 64 de la CVDT, la teoría de los deberes fiduciarios que nacen de las disposiciones del referido texto legal, permitiría la operatividad de dicha disposición sin condicionamiento alguno, incluyendo la

---

<sup>228</sup> La traducción es nuestra. En este caso, la Corte Suprema de Nueva Zelanda expuso el siguiente criterio: “[52] The starting point has to be the Treaty of Waitangi obligations and duties cast upon both the Crown and Maori. The Lands case [*New Zealand Maori Council v Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641 (CA) (“the Lands case”),] makes it clear beyond any doubt that duties of a fiduciary nature rest upon the Crown pursuant to the Treaty, and the nature of its relationship with Maori. It holds a position of great strength with Sovereign power to legislate. So, too, Maori have duties of good faith.” Asimismo, indicó que “[54] Without the deeming legislation, the existing contractual and statutory provisions, as well as limitation on the powers of the Trustees, obviously apply. That is why all previous settlements have involved deeming legislation. But I think the plaintiffs’ true cause of action goes back to fiduciary duties or obligations contained in the July Agreement [Agreement dated 20 July 1989 between the Crown and New Zealand Maori Council (First Plaintiff) and The Federation of Maori Authorities Inc. (Second Plaintiff)], the Deed Poll, the Trust Deed and legislative provisions, being a layering process to reflect the essential fiduciary obligation. For the reasons that I will now outline, the fiduciary duties exist because of the partnership relationship, as well as the vulnerability of Maori in the sense that they are subject to the Crown’s ultimate power to legislate.” Cfr. High Court of New Zealand, Wellington Registry, *New Zealand Maori Council and Ors vs. Attorney General and Ors*, CIV-2007-485-000095, 4 May 2007, §§ 52-54.

<sup>229</sup> Existe una presunción de que toda actuación es realizada en el mejor interés del Estado.

ejecución misma de una decisión que ordena la terminación de un Tratado que violentar una norma imperativa.

La práctica, sin embargo, nos ha mostrado algo sumamente distinto. En el asunto *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* (2012), pudimos apreciar que el derecho interno puede colisionar con una norma de *ius cogens* y prevalecer sobre esta última. Además, vimos en el referido caso que la existencia de un conflicto entre una norma de *ius cogens* y otra de carácter consuetudinario obliga a un Estado a conceder inmunidad a otro. Esto no es todo: lo peor es que la propia CIJ deja al consenso de las partes la posibilidad de negociar una solución a la controversia generada por la aplicación de una norma imperativa.<sup>230</sup>

Ante este escenario, solo vemos como solución práctica la siguiente: que Estados o un conjunto de Estados, le reconozca(n) a una norma el carácter de imperativa en determinada(s) área(s) geográfica(s). Como veremos a continuación, tal posibilidad, denominada *ius cogens regional*, requiere necesariamente del consenso del o de los Estados involucrados y su naturaleza será, esencialmente, convencional.

#### **b. DIFERENCIA CONCEPTUAL ENTRE EL *IUS COGENS* UNIVERSAL Y EL *IUS COGENS* REGIONAL**

Como segundo escenario viable para lograr la justiciabilidad de una norma imperativa, está la posibilidad de establecer, como resultado del consenso de un grupo de Estados vinculados geográfica, política o económicamente, la existencia de normas de naturaleza imperativas. Así, en la práctica se ha hablado de la posible existencia de un *ius cogens regional*<sup>231</sup> y, en el ámbito de la Unión Europea hasta de

---

<sup>230</sup> La CIJ ha indicado específicamente lo siguiente: “104. In coming to this conclusion, the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned. It considers however that the claims arising from the treatment of the Italian military internees referred to in paragraph 99, together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled -and which formed the basis for the Italian proceedings -could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue.” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, p. 9, § 104.

<sup>231</sup> Ver, por ejemplo, el trabajo de HASMATH, R., *The Utility of Regional Jus Cogens in International Law*, July 1, 2004, Cambridge, Working Paper Series, pp. 7-22. Disponible: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1366803](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1366803).

un *ius cogens comunitario*<sup>232</sup>, el cual articularía “las bases de una comunidad de intereses limitados en el espacio”<sup>233</sup>, encargada de regular con carácter imperativo determinadas áreas geográficas estatales. El *ius cogens* regional debería ser fruto de la interacción entre la costumbre regional y el tratado internacional. Gran parte de la doctrina defiende la posibilidad de que ésta exista.<sup>234</sup>

Como no podía ser de otro modo, esta nueva figura nos hace reflexionar. En cualquier caso, debemos subrayar que el concepto de *ius cogens* regional o particular se debe diferenciar claramente del concepto de *ius cogens* general. El primero no puede producir efectos más allá del territorio de aquellos Estados que han aceptado el carácter imperativo de tal norma. Carece, pues, del rasgo de la universalidad propio y definidor del auténtico *ius cogens*. Al hilo de lo anterior, resulta discutible afirmar que el *ius cogens* regional se encuentra por encima del consentimiento otorgado por los Estados a la hora de proceder a la creación de la referida normativa, máxime cuando se advierte que ésta podría derogarse si los Estados interesados se pusieran de acuerdo en ello.

Evidentemente, las normas de *ius cogens*, propiamente dichas, tienen una naturaleza consuetudinaria que no tiene por qué ser exclusiva. Así pues, puede haber normas que compartan una naturaleza convencional y consuetudinaria. A modo de ejemplo cabe mencionar aquéllas cuya formación se ha producido a través de la interacción entre costumbre y Tratado. Sin embargo, es la naturaleza consuetudinaria de la norma la que se corresponde con su carácter imperativo.<sup>235</sup> En nuestra opinión, el *ius cogens* regional debería ser conceptualizado propiamente como una especie de orden público regional, más que como *ius cogens* u orden público internacional, con el objeto de evitar cualquier confusión.

Por lo tanto, no es posible afirmar que algunos Estados tienen la capacidad de crear normas de *ius cogens* con carácter general, ya que -como se ha dicho en reiteradas ocasiones- éstas deben “ser aceptadas

---

<sup>232</sup> Se ha llegado a defender esta teoría sobre la base del Dictamen del el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Núm. 1/91, Rec. 1991, pp. I-6084-6113. Vid. ALCOCEBA GALLEGOS, M. A.: *La Compatibilidad de la Integración diferenciada en la Comunidad Europea del Jus cogens Comunitario*, Getafe, Madrid. Tesis Doctoral, Departamento de Derecho internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 2001, pp. 168-187.

<sup>233</sup> Cfr. SUY, E. “The concept of jus cogens in international law”. *op. cit.*, p. 71.

<sup>234</sup> Vid. GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, pp. 2-8.

<sup>235</sup> Vid. CEBADA ROMERO, A.: *Los Conceptos De Obligación Erga Omnes, Jus cogens y Violación Grave a la luz del Nuevo Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos*, REEI, Sección Ágora. (Número 4/ 2002), pp. 6-7. Disponible: <http://www.reei.org/reei4/Cebada.PDF>.

y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto.” Consecuentemente, la formación de normas de *ius cogens* debe articularse, básicamente, a través de dos procesos: a) deben emerger del Derecho Internacional consuetudinario; y, posteriormente, b) deben ser reconocidas y aceptadas como normas imperativas.<sup>236</sup> Como vemos, nada impide que una comunidad regional catalogue como “imperativas” algunas normas que regulan cuestiones en los que la comunidad internacional no ha intervenido o no ha concebido aún darle a dicha norma tal categoría. De hecho, como veremos más adelante, estas normas imperativas de carácter regional podrían, incluso, ser transformadas por las partes atendiendo al interés más favorable de la norma.<sup>237</sup> Este *ius cogens* regional termina siendo, no otra cosa, que una norma convencional que puede ser derogada o modificada por los Estados firmantes del Tratado multilateral en donde fue cristalizada.

En cualquier caso, es esencial resaltar que las referidas normas imperativas tienen sus raíces en reglas primarias ordinarias de Derecho Internacional, por lo que si el *ius cogens regional* se formase, estaría subordinado al *ius cogens universal* en la medida en que de la definición que a este respecto ofrece la CVDT, se deduce la imposibilidad de que un grupo de Estados derogue su exigibilidad.<sup>238</sup> Todo ello, como veremos más adelante, nos permite concluir que la terminación de Tratados en virtud del artículo 64 de la CVDT requerirá de diversos procesos y distintos actores que imposibilitan su operatividad.

## ii. COMPORTAN OBLIGACIONES *ERGA OMNES*

El rango de control que posee el *ius cogens* sobre los acuerdos y actuaciones que se realizan en la comunidad internacional, no es determinado ni tampoco fácilmente determinable. Sin embargo, como

---

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, 1, B, i. b, ii) *Evolucionan a través de un Tratado multilateral: pueden ser transformadas por las partes, atendiendo al interés más favorable de la norma*.

<sup>238</sup> Vid. PUCEIRO RIPOLL, R.: “Las Normas de Jus Cogens en el campo del Derecho internacional Contemporáneo” en *Derecho internacional Público: Principios, Normas y Estructuras* (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., PUCEIRO RIPOLL, R. y ARBUET-VIGNALI, H.), Vol. I, Fundación Cultura Universitaria: Montevideo, 2005, p. 370.

mencionamos más arriba, un criterio indiscutible desde mediados del siglo XVIII, es que algunos autores dan carácter de “ilícita” a toda expresión de voluntad que contravenga el derecho de otros.<sup>239</sup>

En la actualidad, este principio se ve matizado, en la medida de que la comunidad internacional se ha construido sobre la base del consenso. Por ello, aunque se mantiene la idea de que toda actuación que contravenga derechos de otros es una violación a una obligación internacional, los Estados tienen en ocasiones la posibilidad, reconocida por el Derecho Internacional, de disentir de ciertas obligaciones internacionales sin que se considere tal actuación como una violación al Derecho Internacional.

Tal es el caso, por ejemplo, de la posibilidad que se les otorga a los Estados de disentir a una costumbre internacional que, por demás, comporta también obligaciones *erga omnes* al igual que las normas de *ius cogens*. En el caso de las reglas consuetudinarias, (i) se puede objetar la costumbre desde sus inicios y hasta su formación, lo que se cataloga como “objector persistente”; o (ii) se puede objetar después de su formación, lo que se ha denominado como “objector subsecuente”.<sup>240</sup> Dichas objeciones deben mantenerse *consistentemente* y de forma inequívoca<sup>241</sup>, pudiendo evitar en tal caso la aplicación de la regla en cuestión.

Vemos, como decíamos, que el consenso es imprescindible: un Estado no puede quedar sometido a una costumbre internacional en contra de su voluntad. Contrario a lo anterior, las normas imperativas conllevan obligaciones *erga omnes* que no pueden ser violentadas, ni siquiera por consenso. En efecto, una norma imperativa es obligatoria para toda la comunidad internacional, independientemente de que los Estados se opongan a su nacimiento o a su vigencia. De esta forma, determinadas costumbres, a pesar de

---

<sup>239</sup> “XI. On doit laisser a chacun le droit de changer de volonté, desque le droit d’aucun autre n’en est léfé. Mais quand le changement de notre volonté le feroit mémé en mieux, il est illicite, s’il illicite, s’il contrevient au droit d’autrui”. *Vid.* WOLFF, C. (1758) : *Principes du droit de la nature et des gens*, Vol. I, Marc Michel Rey, Amsterdam, p. 59.

<sup>240</sup> *Cfr.* CJI, *Fisheries case (United Kingdom vs. Norway)*, 1951, p. 116, pp. 122-141; *Cfr.* CIJ, *Colombian-Peruvian Asylum case (Colombia vs. Peru)*, 1950, p. 266, pp. 281-282, § 35; *Cfr.* CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3, pp. 27, 36, 44-45, 50 §§ 31, 53, 90; *Cfr.* VILLIGER, M. E. (1985) : *Customary International Law and treaties*, Martinus Nijhoff Publishers: Netherland, p. 16; *Cfr.* GAUTIER, P. (1993) : *Essai sur la Définition des Traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Établissements Émile Bruylant, S.A., Bruxelles., pp. 13-14.

<sup>241</sup> *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J. A., *op. cit.*, pp. 207-208.

la oposición constante y expresa de algún o algunos Estados, cuando se conviertan en *ius cogens*, serán jurídicamente vinculantes a cualquier acto u actuación que le sea contrario.<sup>242</sup>

En consecuencia, un Estado no puede disociarse del carácter obligatorio de una norma imperativa, independientemente de que no se haya producido la aceptación y el reconocimiento expreso de la misma o al margen de que se hayan vertido las objeciones pertinentes. Ello lo distingue claramente de la costumbre internacional.<sup>243</sup> Así pues, por esta capacidad de ser respetadas por todo actor de la comunidad internacional, se hace referencia al *ius cogens* y a las obligaciones *erga* como fenómenos relacionados e interdependientes.<sup>244</sup> Es más, la opinión consultiva de la CIJ denominada *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories* (2004), parece sugerir que ambas figuras son idénticas.<sup>245</sup>

Sin embargo, es justo aclarar que si bien las obligaciones *erga omnes* se encuentran comúnmente vinculadas al *ius cogens*, no toda obligación con carácter general es una norma de *ius cogens*. En efecto, existen obligaciones que pueden ser consideradas *erga omnes* cuando un actor de la comunidad internacional debe comportarse en una determinada manera con los demás sujetos que intervienen en el ámbito del Derecho Internacional. Lógicamente, limitar la expresión “obligaciones *erga omnes*” al *ius*

---

<sup>242</sup> No afirmó que en la pugna entre la norma consuetudinaria y la objeción persistente siempre triunfará la primera (como sucedió en el asunto *Fisheries (United Kingdom vs. Norway (1951))*, donde la CIJ le dio la razón a la objeción), pero la “colisión que se produce entre la norma que trata de emerger y cristalizar y los comportamientos de oposición a la misma normalmente se decanta a favor de la primera” “En unos casos por el carácter imperativo de la norma consuetudinaria, cuya naturaleza hace que se debilite y carezca de efectos, en último término, la objeción que se presenta de manera constante e inequívoca. En otros casos, porque los objetores deben estar sumamente atentos para no incurrir en contradicciones que debiliten su posición. En realidad, a quienes objetan una costumbre general se les exige un comportamiento constante y uniforme de oposición sin que se produzca, en muchos casos, la más mínima fisura de su comportamiento que varíe la dirección de la posición que venía manteniendo. Y, finalmente, porque incluso nos podemos encontrar ante el supuesto ‘objector persistente solitario’ que se ve forzado, en última instancia, a asumir las consecuencias de la norma consuetudinaria”. Vid. DÍAZ BARRADO, C. M., (2004): *El Derecho internacional en el Tiempo Presente*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid,, p. 163; Vid. MARIÑO MÉNDEZ, F. M. (1999): *Derecho internacional Público: Parte General*, Editorial Trotta, Valladolid,, p. 233; Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C. (1995): *Derecho internacional Público*, Ed. Trotta, Madrid,, p. 536.

<sup>243</sup> Vid, Comisión IDH, *Michael Domingues vs. United States*, Case No 12.285, Rep 62/02, 2002, p. 85, §§ 49; Vid., ROZAKIS, Christos, *The concept of jus cogens in the law of treaties*, North-Holland Pub. Co.: New York, 1976, p. 78.

<sup>244</sup> Para profundizar sobre la parte conceptual del tema, ver el excelente análisis realizado por QUIRICO, O.: “A Formal Prescriptive Approach to General Principles of (International) Law”, en *European University Institute Working Paper Núm. LAW 2007/19*, 2007, pp. 7-16.

<sup>245</sup> Vid. CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, *Advisory Opinion*, 2004, p. 139, § 200; Vid. PETSCHKE, Markus A., *Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order*, *Taylor's University College*, September 2010, p. 12.



*cogens* haría carente de sentido aquellas obligaciones que, aun siendo *erga omnes*, no presentan un carácter imperativo.<sup>246</sup>

Consideramos que es por esto que la CIJ y la mayoría de los tribunales nacionales obvian, con carácter general, referirse a las normas de *ius cogens* y suelen acudir a términos similares, tales como “reglas fundamentales”, “orden público internacional”, “principios intransigibles del Derecho Internacional humanitario” u “obligaciones *erga omnes*”. A modo de ejemplo cabe destacar la citada opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951), en la cual la CIJ indicó que los principios de carácter humanitario recogidos por la mencionada Convención, se reconocían como “vinculantes a los Estados, incluso sin necesidad de obligación convencional de ningún tipo.”<sup>247</sup> Tal criterio fue reiterado cuatro décadas después, en la opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996).<sup>248</sup>

Asimismo, traemos nuevamente a colación el asunto *Nuclear Test Case (New Zealand vs. France)*,<sup>249</sup> en el cual el gobierno de Nueva Zelanda alegó que los ensayos nucleares realizados por Francia en la región del Pacífico Sur violentaban no solamente el derecho de Nueva Zelanda de no “(...) realizar ensayos nucleares que causasen lluvia radioactiva (...)” y, en general, el de “(...) preservar el ambiente de que ninguna materia radioactiva penetre en su territorio, espacio aéreo o aguas territoriales, en particular, del ambiente de la región donde los ensayos se estuvieron realizando (...)”, sino que

---

<sup>246</sup> QUIRICO, O., *Ibid.*, pp. 11, 27.

<sup>247</sup> La traducción es nuestra. La CIJ estipuló textualmente lo siguiente: “(...) The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. (...)”. Cfr. CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 15, p. 23.

<sup>248</sup> De manera precisa, la CIJ ha indicado en su opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* lo siguiente: “79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and “elementary considerations of humanity” as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (I.C.J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.” Cfr. CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, p. 226, p. 257, § 79.

<sup>249</sup> La CIJ no conoció el caso por que desapareció el objeto de la controversia cuando Francia, voluntariamente, dejó de realizar los ensayos nucleares antes de que fuera dictada una sentencia.

también se había infringido “(...) los derechos de todos los miembros de la comunidad internacional (...)”<sup>250</sup>.

En esta misma línea de criterio, cabe mencionar el asunto *Application of the Convention and the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1996). En ese caso, el tribunal resaltó que las disposiciones establecidas en dicho instrumento debían considerarse “derechos y obligaciones *erga omnes*.”<sup>251</sup>

En suma, cabe concluir que mientras el *ius cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y los individuos obligados. Así, si bien no puede decirse que todas las obligaciones *erga omnes* necesariamente responden a normas del *ius cogens*, todas las normas de *ius cogens* comportan obligaciones *erga omnes*.<sup>252</sup>

### iii. SON INDEROGABLES

Tal y como se ha afirmado en previas ocasiones, de la noción de *ius cogens* se advierte que este tipo de normativa no es negociable,<sup>253</sup> puesto que las mismas no admiten “acuerdo en contrario” conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la CVDT. En efecto, la premisa es que existen ciertas reglas que se conforman como normas imperativas no “(...) porque no permiten acuerdos en contrario; más bien, no se permiten acuerdos en contrario a ciertas normas, porque éstas poseen el carácter de reglas de ‘jus

---

<sup>250</sup> La traducción y subrayados son nuestros. El texto original estipula lo siguiente: “28. It is the contention of New Zealand that this law and related rules and principles of international law are now violated by nuclear testing undertaken by the French Government in the South Pacific region. *Inter alia*, (a) it violates the rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fallout be conducted; (b) it violates the rights of all members of the international community, including New Zealand, to the preservation from unjustified artificial radioactive contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment and, in particular, of the environment of the region in which the tests are conducted and in which New Zealand, the Cook Islands, Niue and the Tokelau Islands are situated; (...)”. Cfr. CIJ, *Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*, Pleadings, Vol. 2, 1973, p. 8, § 28.

<sup>251</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention.” Cfr. CIJ, *Application of the Convention and the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1996, p. 595, p. 616, § 31.

<sup>252</sup> Vid. BYERS, M., “Conceptualizing the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules” en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997, p. 211.

<sup>253</sup> Vid. PASTOR RIDRUEJO, J. A.: “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el ‘Jus Cogens’ Internacional” en *Estudios de Derecho internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 581-590.

cogens’.<sup>254</sup> Incluso, la existencia de circunstancias excepcionales -como, sin duda, es la guerra o la perpetración de ilícitos de gran envergadura- no justifican la vulneración del *ius cogens*.<sup>255</sup>

En tal sentido, como indicábamos *ut supra*, si bien las disposiciones de los artículos 53 y 64 de la CVDT carecen de una clara definición y caracterización, un rasgo fundamental que se puede extraer de las referidas disposiciones legales, es el hecho de que no admiten acuerdo en contrario y que su efecto puede ser la nulidad *ex tunc* o *ex nunc*, respectivamente. Así pues, tanto en el plano del Derecho interno como en el del Derecho Internacional, los Estados y todo aquel que sea parte de la comunidad internacional, podrán actuar conforme a sus mejores intereses, encontrando únicamente su límite en la imposibilidad de vulnerar el contenido de normas de orden público, interno y/o internacional.

En este contexto, debemos indicar que hay un elemento fundamental que diferencia a las normas imperativas de otras fuentes del Derecho Internacional: no toda norma que prohíba estipulaciones contrarias a ella misma reviste categoría de *ius cogens*. Ejemplo de ello son las tradicionales cláusulas de exclusión en los Tratados, donde de manera expresa dicho instrumento estipula las reservas que no pueden ser realizadas (*opt out*) o cuales cláusulas no pueden ser cambiadas ante una eventual modificación de aquél. Pese a los límites claros o implícitos<sup>256</sup> que un determinado acuerdo recoja frente ante una estipulación que le contraríe, estas reglas podrán ser siempre modificadas conforme al procedimiento que establezca el propio Tratado o dejarán de tener vigencia para alguna de las partes una vez dicho instrumento sea denunciado. Es claro, por tanto, que la prohibición de una norma contraria a ella misma no convierte, ni mucho menos, a tal regla en norma de *ius cogens*.

---

<sup>254</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., op. cit., p. 81.

<sup>255</sup> Vid. CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, p. 226, p. 240, § 25; Vid. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C Núm. 160, 25 de noviembre de 2006, § 271; Vid. Corte IDH, *Baldeón García*, Serie C Núm. 146, 6 de abril de 2006, § 117; Vid. Corte IDH, *García Asto y Ramírez Rojas*, Serie C Núm. 137, 25 de noviembre de 2005, § 222; Vid. Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 123, 11 de marzo 2005, § 59; Vid. Corte IDH, *Lori Berenson Mejía*, Serie C Núm. 119, 25 de noviembre de 2004, § 100; Vid. Corte IDH, *Tibi vs. Ecuador*, Serie C Núm. 114, 7 de septiembre de 2004, § 143; Vid. Corte IDH, *Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 110, 8 de julio de 2004, §§ 111-112; Vid. Corte IDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 103, 27 de noviembre de 2003, §§ 89-92; Vid. Corte IDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, Fondo, Serie C Núm. 69, 18 de agosto de 2000, § 95.

<sup>256</sup> Inclusive, podríamos enmarcar dentro de este escenario la figura del “objeto y fin” del Tratado, donde existe una prohibición implícita de que ninguna disposición puede ir en contra del objeto y fin.

Siendo así las cosas, ¿cuál es la característica primordial que hace que una norma sea imperativa en el Derecho Internacional? El aspecto esencial que debe destacarse es, pues, su inderogabilidad, la cual “(...) es sólo la exteriorización formal de uno de sus caracteres.”<sup>257</sup> En consonancia con lo anterior, debemos indicar que la obligatoriedad de este tipo de normas afecta tanto a las (i) normas dispositivas pactadas, como al (ii) *ius cogens* existente, en vista de que el *ius cogens superveniens* puede modificar o derogar una norma imperativa anterior.

En suma, no toda terminación de Tratados nace de la violación del *ius cogens superveniens*, pero toda violación al *ius cogens superveniens* causa la terminación de dicho instrumento. A su vez, que sean inderogables no implica que las normas de *ius cogens* no sean mutables o cambiantes, lo que implica que evolucionan a medida que la comunidad internacional así lo requiera. Prueba de ello es que el propio artículo 64 de la CVDT reconoce la posibilidad de que nazca una nueva norma con carácter de *ius cogens*.

Como resultado de lo anterior, los Tratados que vulneren contraríen una norma imperativa sobrevenida, no podrán ser vinculantes *inter se* ni *erga omnes* ante la propia naturaleza de este tipo de regulación. Además de lo anterior, es crucial desligar la violación de un Tratado por razones distintas a una norma imperativa y la violación de un Tratado *a causa* de las normas de *ius cogens*. Una forma clara de visualizarlo es la siguiente: el incumplimiento de una obligación internacional que no tenga carácter imperativo -y por tanto no conlleve obligaciones *erga omnes*- sólo afectará a las partes implicadas. Si se acepta tal afirmación, habría que admitir que los Tratados multilaterales -dentro de los cuales se pacta no celebrar convenciones contrarias con carácter posterior-, pueden considerarse normas imperativas en esa relación. En conclusión, las disposiciones convencionales son normas *inter se*, limitativas de la voluntad vinculante de las partes que suscriben el Tratado.

Por lo tanto, las disposiciones contenidas en un acuerdo no presentan carácter absoluto, ni general, como tampoco universal, pese a que las partes lo hayan expresamente así establecido -lo que claramente difiere de las normas de *ius cogens*-. Sin embargo, si la violación de un Tratado se aprecia al vulnerar normas de *ius cogens*, el efecto de dicha transgresión no puede ser otro que el de la nulidad o terminación del mismo. Diferente es, sin embargo, la manera en la que las normas imperativas pueden evolucionar

---

<sup>257</sup> Cfr. PUCEIRO RIPOLL, R., *op. cit.*, p. 369.

conforme al Derecho Internacional e, incluso, conforme al interés de las partes, lo cual será debidamente analizado a continuación.

## **1. LOS ASPECTOS NO EXPRESOS DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS***

Es posible apreciar una serie de características propias de la normatía imperativa que no se encuentran expresamente señaladas pero que pueden derivarse de una apropiada interpretación de los artículos contenidos en la CVDT, así como de otras disposiciones legales incluidas en diversos instrumentos jurídicos. Estos aspectos son los que a continuación desarrollaremos.

### **i. LAS NORMAS IMPERATIVAS SON FAVORABLEMENTE EVOLUTIVAS**

Cuando la CVDT (1969) entró en vigor se discutió acerca de qué sucedería con aquellos Tratados que conllevaran una clara violación de las normas de *ius cogens*<sup>258</sup> y, dentro de dicho supuesto, se trató de determinar las consecuencias que ello podría suponer. Muchos se inclinaron por diseñar una estructura interpretativa homogénea que permitiera delimitar los efectos producidos en el ordenamiento jurídico internacional cuando la referida situación tuviera lugar. Ello es una cuestión que a día de hoy celebramos, puesto que -a nuestro juicio- hubiera sido un craso error encerrar o encorsetar el desarrollo natural del concepto.

De cualquier forma, vemos que pese a su inderogabilidad, las normas imperativas evolucionan de la manera más favorable. En este sentido, conviene puntualizar que dicho aunque principio tiene en la actualidad su más importante concretización en el marco de los Tratados de derechos humanos y en el ámbito del Derecho Constitucional, los criterios emanados por los tribunales nacionales e internacionales, permiten extraer diversas consideraciones aplicables a las normas imperativas.

---

<sup>258</sup> La CDI indicó expresamente lo siguiente: “(...) (a) a treaty contemplating an unlawful use of force contrary to the principles of the Charter, (b) a treaty contemplating the performance of any other act criminal under international law, and (c) a treaty contemplating or conniving at the commission of such acts, such as trade in slaves, piracy or genocide, in the suppression of which every State is called upon to co-operate (...) treaties violating human rights, the equality of States or the principle of self-determination were mentioned as other possible examples” *Cfr.* CDI, 1966, vol. II, p. 248.

**a. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD DE LAS NORMAS IMPERATIVAS**

El principio *pro persona* emana justamente del objeto y fin de los Tratados internacionales de derechos humanos, los cuales velan por la protección de los derechos de los seres humanos.<sup>259</sup> En la opinión separada del juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza Escalante, emitida a raíz de la opinión consultiva OC 7/86 de dicho órgano judicial, se puso de relieve el principio *pro homine* como un criterio fundamental “que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen.”<sup>260</sup> De la lectura de este y otros documentos, se desprende la idea de que se debe optar por las normas que sean más favorables a la persona.

Al hilo de lo anterior, podemos afirmar que las normas de *ius cogens* tienen una incidencia fundamental tanto en el ámbito interno de los Estados, como en el del Derecho Internacional, porque las obligaciones *erga omnes* que de ella emanan van dirigidas a la protección de los referidos derechos dentro de sus respectivas jurisdicciones. De esta forma, se pueden identificar intérpretes internacionales y nacionales, cuyas competencias y experiencias en la aplicación de este principio de favorabilidad serán diversas.

Asimismo, consideramos pertinente destacar otro mandato de favorabilidad que ha estado presente en la práctica interna de diversos países, incluso con anterioridad a la expresa contextualización de lo que hoy denominamos derechos humanos. A modo de ejemplo, cabe citar, los siguientes principios: el principio *in dubio pro libertatis*, *in dubio pro reo*, *favor debilis*, *in dubio pro actione* e *in dubio pro operario*, todos los cuales implican que, en caso de duda, el intérprete debe optar por la máxima protección de la libertad fundamental. La experiencia en la aplicación de estos principios puede contribuir significativamente a la comprensión de un principio *in dubio pro cogentis*.

---

<sup>259</sup> Vid. AMAYA VILLARREAL, Á. F.: “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento de los Estados, International Law” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Núm. 5, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 361; Vid. GROSS ESPIELL, H.: “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia” en Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Corte IDH, 1994, pp. 5-8

<sup>260</sup> Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de agosto de 1986, § 36.

En este sentido, resulta pertinente afirmar que podemos ubicar disposiciones consagradas en la CVDT (1969) que hacen referencia al principio de favorabilidad en su variante de preferencia de normas. En efecto, el artículo 31 de la CVDT (1969) consagra los siguientes principios: 1) la buena fe (establecido también en los artículos 26 y 49 del mencionado instrumento jurídico); 2) el sentido corriente que deba atribuirse a los términos; 3) el contexto, y, 4) el objeto y fin del Tratado. Asimismo, el artículo 32 de la CVDT (1969), dedicado a los medios complementarios de interpretación, establece que cuando las palabras, en el sentido natural y ordinario, fueran ambiguas o su lectura llevara a un resultado irracional, se podrá acudir a los trabajos preparatorios del Tratado y a las circunstancias de su celebración.

Partiendo de todo lo anterior, podemos considerar que el principio de favorabilidad de las normas de *ius cogens* emana justamente del *objeto y fin* de dichas normas, que no es otro que la protección y preservación del orden público internacional. Es que, como ha indicado la CIJ en su opinión consultiva *Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar.”<sup>261</sup>

Además, en el asunto *North Sea Continental Shelf* (1969), aunque la CIJ no se adentró a hablar sobre las normas de *ius cogens*, sí distinguió entre reglas internacionales que pueden, por acuerdo mutuo, ser suspendidas; y las disposiciones de ‘naturaleza fundamentalmente creadora de normas’ que forman la base de una regla general de Derecho Internacional.<sup>262</sup>

Así pues, al leer el artículo 53 y 64 de la CVDT -donde existe una marcada obligación de que todas las demás fuentes del Derecho Internacional estén sometidas jerárquicamente a las normas de *ius cogens*- entendemos que implícitamente se encuentra contenido un principio de “en caso de duda se favorece a la

---

<sup>261</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation.” Cfr. CIJ, *Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 31.

<sup>262</sup> Vid. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3, p. 42.

norma imperativa” o *in dubio pro cogentis*. En otras palabras, en caso de incertidumbre o ambigüedad, el intérprete debe optar por la máxima protección del derecho imperativo en cuestión.

Podemos concluir que las normas imperativas son relevantes no sólo para la validez de los Tratados, sino también como “clima de interpretación de la intención de las partes”<sup>263</sup> puesto que sirve como parámetro de comportamiento a la luz de lo cual debe ser deducido todo proceso de formación de normas y actuaciones.<sup>264</sup> En caso de duda, pues, las disposiciones del Tratado deben ser interpretadas de la manera más favorable a las partes y, más que eso, esto debe realizarse en el sentido más provechoso para el ordenamiento jurídico internacional, frente a las reglas de carácter doméstico.<sup>265</sup> Ello tiene cardinal relevancia puesto que, como toda norma jurídica, el *ius cogens* regula una realidad que se transforma y, por lo tanto, las normas imperativas deben ser capaces de evolucionar y adaptarse a nuevas realidades. Esta evolución, como veremos a continuación y partiendo de este principio de favorabilidad de la norma imperativa, deberá ser siempre interpretada de manera progresiva.

#### **b. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD DE LAS NORMAS IMPERATIVAS**

El *principio de progresividad* tiene numerosas fuentes en el marco del Derecho Internacional, pero se le ha dado especial atención al hablar de derechos humanos. En efecto, este principio es contemplado por los artículos 2.1 del PIDESC, en el 1.1 del Protocolo de San Salvador y en el 26 de la CADH, los cuales establecen respectivamente la obligación de los Estados partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente, al hablar de Derecho Internacional humanitario, se aplica el mismo principio como fundamento para la tutela de los derechos humanos de la población afectada por un determinado conflicto armado.<sup>266</sup>

---

<sup>263</sup> La traducción es nuestra. JENKS, C. W.( 1964): *The Prospects of International Adjudication*, Stevens and Sons Ltd., Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications,, p. 458.

<sup>264</sup> *Por favor diríjase a: Las normas imperativas son una herramienta de interpretación de los Tratados y de cualquier otra norma u actuación del derecho internacional y derecho interno.*

<sup>265</sup> CREMA, L.: “Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)” *en EJIL*, Vol. 21, Núm. 3, 2010, p. 691.

<sup>266</sup> *Vid.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-328 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-444 de 2008, Sentencia T-025 de 2004; Sentencia C-781/12.



Sin embargo, ¿aplica este criterio a las normas imperativas? En los términos antes indicados, donde los intérpretes nacionales e internacionales de las normas de *ius cogens* deben acudir a las reglas generales de interpretación antes mencionadas, se debe pensar en la maximización del derecho u obligación imperativa en cuestión.

Consecuentemente, el principio de progresividad de las normas imperativas que implica un avanzar gradual y constante en la evolución y expansión de las mismas. Ello obliga a todo intérprete a crear una hermenéutica que permita una comprensión, interpretación y aplicación progresiva y sin regresiones interpretativas, de los artículos 53 y 64 de la CVDT.

Aunque refiriéndose exclusivamente a derechos sociales, ya tribunales internos nos han dado las pautas para determinar cuando se está interpretando una norma progresivamente o regresivamente. Por ello, nos permitimos acudir a la jurisprudencia comparada para evaluar los criterios específicos que deben ser considerados durante un test de proporcionalidad en materia de progresividad/no regresividad. En tal sentido, traemos a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia:

“El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales (...), para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste (...)”<sup>267</sup>.

Así, “el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario

---

<sup>267</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/11, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Perez, 30 de marzo de 2011.

ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.”<sup>268</sup>

Al aplicar este criterio al Derecho Internacional y, específicamente, a las normas de *ius cogens*, debe interpretarse que, como ya afirmamos, cualquier norma o acto debe ser siempre aplicado conforme a aquéllas en la medida en que constituyen un parámetro de interpretación ineludible. Partiendo de esta premisa y a la luz del principio de favorabilidad en la aplicación de tales normas, no pueden existir condicionamientos que limiten su aplicación. Por tanto, debe primar el criterio de que lo sustancial prevalezca sobre lo formal sin que puedan implementarse requisitos desproporcionados, ni restricciones que limiten la naturaleza tridimensional de las normas imperativas.<sup>269</sup> En el caso de que existiesen tales impedimentos, no se estaría actuando conforme al principio *in dubio pro cogentis* y, consecuentemente, la operatividad del artículo 53 y 64 de la CVDT estaría supeditada a una interpretación regresiva del *ius cogens*.

A raíz de lo comentado en el párrafo anterior, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿cuáles pueden ser los criterios que nos ayuden a determinar si se ha realizado o no una interpretación regresiva en perjuicio del principio *in dubio pro cogentis*? Auxiliándonos nuevamente en la jurisprudencia comparada, podemos apreciar que la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado unas pautas que pueden sernos de gran utilidad. En tal sentido, dicho tribunal entiende que una medida debe entenderse regresiva, al menos, en los siguientes casos: “(i) Cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho. (ii) Cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (iii) Cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad).”<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/11, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Perez, 30 de marzo de 2011.

<sup>269</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, II, 2. A. La naturaleza tridimensional del *ius cogens*: no tienen límite de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación.

<sup>270</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, T-469/13, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 23 de julio de 2013.

Conforme pudimos valorar en la *Tríada Cognitiva del Ius Cogens*, es evidente que, al menos, el primer y segundo escenario se configuran perfectamente cuando, sobre la base de formalismos, condicionan la operatividad de las normas imperativas, fundados en lo siguiente: (i) no se le reconocen expresamente a dichas normas la posibilidad de generar derechos y obligaciones específicos a partir de aquella; asimismo, se limita el ámbito de protección de las normas imperativas cuando, se condiciona la operatividad de determinadas normas imperativas a la existencia de un determinado instrumento legal vinculante que (ii) no se le ha otorgado la competencia jurisdiccional expresa al tribunal en cuestión para conocer del asunto donde se ve involucrada una norma imperativa; o, (iii) no se le ha otorgado la competencia expresa a ningún tribunal para realizar el *control de imperatividad* o el *control de convencionalidad* y, en consecuencia, declarar la nulidad o terminación de un Tratado.<sup>271</sup> Estos condicionamientos, si duda, recortan o limitan el ámbito sustantivo de protección de las normas de *ius cogens* y se han exigido que no son necesarios para hacerlas operativas.

En el último escenario, donde se plantea la posibilidad de que una norma será regresiva y, más aún, que pueda ser válidamente regresiva, nos preguntamos: ¿una norma de *ius cogens* podría tener una naturaleza regresiva? O que ¿una norma imperativa vigente no pueda ser modificada o derogada por una norma imperativa que pueda ser regresiva o menos progresiva que la actual?

En cuanto a la primera pregunta, sí es posible que una norma imperativa pueda ser regresiva cuando procure satisfacer una finalidad más provechosa. Sobre el tema, se ha establecido que “cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.”<sup>272</sup> Sin duda, estos mismos criterios y este mismo análisis puede ser utilizado en materia de normas imperativas, advirtiéndose con ello la efectiva operatividad del artículo 53 y 64 de la CVDT.

---

<sup>271</sup> Vid. Capítulo II, I, 2. *La Tríada Cognitiva del Ius Cogens en La Jurisprudencia Internacional Pre Y Post CVDT*.

<sup>272</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/11.

Para responder a la segunda pregunta, podemos partir del mismo criterio arriba esbozado: sí es posible que una norma imperativa pueda ser modificada por una posterior que sea regresiva, siempre que prime el criterio de la favorabilidad sobre el de “menos progresividad”. Así, aunque la norma actual se entienda más progresiva, debe presumirse que si ha surgido una norma menos favorable con posterioridad es porque se entiende que es más conveniente para la comunidad internacional. A este respecto, cabe mencionar que décadas atrás no existían los instrumentos de protección de derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario que hoy conocemos. En aquel momento, se permitía el uso de la fuerza sin comedimientos, siempre que el mismo estuviera justificado por los intereses de un Estado o de un grupo de Estados y su población. Años después, fueron plasmados en la Carta de la ONU, límites claros en relación con el uso de la fuerza, lo cual podría considerarse como una normativa regresiva o menos favorable en comparación con la situación anterior. En cualquier caso, la comunidad internacional entendió que limitar tal derecho conllevaba una situación más favorable que no haberlo hecho.

Considerando entonces esta favorable evolución, hemos podido agrupar tal comportamiento en dos formas principales, a saber: (i) a través de una norma imperativa ulterior; y (ii) a través de un tratado multilateral.

**(i) EVOLUCIONAN A TRAVÉS DE UNA NORMA IMPERATIVA ULTERIOR: SE IMPONE EL CAMBIO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL**

Como ya hemos explicado, ha sido reconocido en el ámbito del Derecho Internacional que ninguna norma, incluso de naturaleza imperativa, puede tener un carácter permanente.<sup>273</sup> Ello se reconoce expresamente en la parte *in fine* del artículo 53 de la CVDT, cuando afirma que la norma de *ius cogens* podrá “ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.” Así las cosas, podemos apreciar que el cambio nunca será opcional ni voluntario, sino que atenderá al interés colectivo de la comunidad internacional.

---

<sup>273</sup> MAGALLONA, M.: “The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention of the Law of Treaties” en *Philippine Law Journal*, Vol. 51, 1976, p. 540.

**(ii) EVOLUCIONAN A TRAVÉS DE UN TRATADO MULTILATERAL: PUEDEN SER TRANSFORMADAS POR LAS PARTES ATENDIENDO AL INTERÉS MÁS FAVORABLE DE LA NORMA**

A diferencia de lo explicado en apartados anteriores, el consenso sí puede jugar un rol indiscutible en la creación o evolución de una norma imperativa. En efecto, una norma de *ius cogens* puede transformarse mediante un acuerdo *inter se*, siempre que el mismo sea acorde con los principios y valores de la comunidad internacional.<sup>274</sup>

En este supuesto, el cambio es puramente intencional y voluntario, motivado por el interés particular de un grupo de Estados que han decidido suscribir un Tratado más beneficioso que la propia norma imperativa que ya rige en el ámbito de la comunidad internacional. Evidentemente, los efectos de este *ius cogens regional* sólo vincularán a los Estados parte de este Tratado.<sup>275</sup>

Entendemos, pues, que el *ius cogens* puede ser modificado a través de acuerdos multilaterales, esto sólo es posible si se cumple con el principio de la norma más favorable o *in dubio pro cogentis*.<sup>276</sup> A modo de ejemplo, cabe citar el artículo 5.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en lo adelante, el “PIDCP) donde, de acuerdo con los trabajos preparatorios, sus disposiciones legales se aplican independientemente de su formal adopción, permitiendo la siguiente situación: si existe un

---

<sup>274</sup> Como afirma la Corte Constitucional de Colombia cuando asimila el *ius cogens* con los principios y valores del Estado mismo: “Las normas constitucionales relativas a los valores y principios, así como las normas internacionales pertenecientes al llamado “*ius cogens*”, no son proclamaciones programáticas o meras aspiraciones que sólo poseen valor jurídico en la medida en que sean asumidas legalmente. Tales normas deben ser respetadas en toda aplicación del derecho; ninguna decisión jurídica puede desconocerlas. De esta manera, indirectamente, ellas invaden toda la aplicación jurídica hasta sus más específicas planos. 5. Por esta doble vía, acentuando, por un lado, la participación del país en la comunidad internacional, no sólo a través del aumento de relaciones comerciales y culturales, sino también de la compenetración axiológica entre las naciones, y consagrando, por el otro, un catálogo de derechos valores y principios acordes con los postulados fundamentales del derecho internacional, la Constitución de 1991 es clara en postular la coordinación y complementación entre ambos sistemas jurídicos por medio de los mecanismos internos y externos de control.” Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-027/93, 5 de febrero de 1993.

<sup>275</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, 1, A, i. b), *Diferencia conceptual entre ius cogens universal e ius cogens regional*.

<sup>276</sup> Esta posición es contraria a aquellas que se presentaron durante las discusiones de la CDI. Sobre este aspecto, véase las posiciones de Chile y México, Primera reunión, Sesión 52. Vid. SINCLAIR, I. *op. cit.*, pp. 110, 124-125.

Tratado que provea mayores garantías que el citado instrumento, tal Tratado prevalecerá. Esta premisa parece clara siempre que se haga dentro del respeto de otros derechos y cuando no limite el goce y ejercicio de otros.<sup>277</sup>

En este sentido, debemos subrayar que la Corte IDH y la Corte EDH han determinado que son innecesarias ciertas formalidades a la hora de ejercer derechos que pudieran conllevar obligaciones *erga omnes* en el sistema internacional de los derechos humanos. De exigirse, sin excepción, tales requisitos, se entendería que existe una restricción indebida de aquéllos.<sup>278</sup> Sea como fuera, contrario a lo anterior, demostraremos que el Derecho interno y el propio Derecho Internacional condicionan la operatividad de las normas imperativas, así como la aplicación del artículo 64 de la CVDT.

**ii. LAS NORMAS IMPERATIVAS SON UNA HERRAMIENTA DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS Y DE CUALQUIER OTRA NORMA U ACTUACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO**

El concepto “objeto y fin” de los Tratados fue esbozado en el artículo 31 de la CVDT al establecer la regla general de interpretación de los mismos: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

---

<sup>277</sup> En material de derechos humanos, dicho principio fue recogido en “The Explanatory Memorandum of Bill of Approval of the International Covenants on Human Rights” cuando afirma lo siguiente: “[c]ases of competing provisions call for the principle -laid down in both the European Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights- that one treaty can never be invoked to derogate from a more favorable provision of the other treaty.” *Cfr.* “The Explanatory Memorandum of Bill of Approval of the International Covenants on Human Rights”, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. VIII, 1977, p. 180. Asimismo, de forma similar, fue adoptado en “The Memorandum of Reply to the First Chamber Concerning the Bill of Approval of the Fourth Protocol to the European Convention on Human Rights”. *Vid.* The Memorandum of Reply to the First Chamber Concerning the Bill of Approval of the Fourth Protocol to the European Convention on Human Rights”, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. XIV, 1983, p. 294; *Vid.* SADAT-AKHAVI, S. A.(2003): *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Graduate Institute of International Studies (HEI), Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, pp. 206-207, 220-223.

<sup>278</sup> *Vid.* Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, Serie C Núm. 127, 23 de junio de 2005, § 206; *Cfr.* Corte EDH, *Hirst vs. the United Kingdom* (Núm. 2), 74025/01, 2004, § 36.

Este tema ha dado pie a interesantes discusiones mantenidas por la doctrina, la CDI<sup>279</sup>, así como por los tribunales, al vincular dicho tema con las reservas que en un momento dado puedan ser formuladas a los Tratados.<sup>280</sup> No obstante, trasladar este debate al ámbito de las normas de *ius cogens*, resulta algo complejo ante la falta de delimitación normativa clara sobre las implicaciones del “objeto y fin” de una norma. Pese a que partimos de la mencionada situación, analizar el objeto y fin del *ius cogens* es una cuestión crucial a la hora de aplicar el artículo 64 de la CVDT. En cualquier caso, antes de nada, debemos poner de relieve las principales complicaciones conceptuales surgidas en torno a la noción “objeto y fin”, las cuales detallamos a continuación:<sup>281</sup>

1. Existe cierta imprecisión acerca de lo que debemos entender por “objeto y fin”. Con relación a esta cuestión, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿se trata de dos condiciones que deben darse al mismo tiempo o no? Según la jurisprudencia internacional, debe presumirse, *juris tantum*, que son indisociables. En materia *ius cogens*, por tanto, no existen elementos distintos que hagan entender un cambio de criterio.

2. La idea de “objeto y fin”, tal como lo es la propia figura del *ius cogens*, es variable y evolutiva, lo que implica que el significado o contenido del (de los) término(s) puede y debe ir transformándose conforme lo va haciendo la comunidad internacional.

3. La noción de análisis, es un tanto ambigua como consecuencia de su imprecisión y variabilidad.

---

<sup>279</sup> Vid. CDI, ONU Doc. A/CN.4/558/Add.2, Ann., p. 31, § 3.1.13 (14 June 2005). § 380-381, p. 165-166.

<sup>280</sup> Vid. CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 15. Sin embargo, la opinión disidente del Juez Koroma en el asunto *Armed Activities On The Territory Of The Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic Of The Congo vs. Rwanda)* (2006), al afirmar que la reserva realizada a la competencia de los mecanismos de resolución de conflictos o de supervisión de la puesta en práctica del tratado no son, por sí solas, incompatibles con el objeto y fin del tratado. Sin embargo, deviene en incompatible con el objeto y fin del tratado si la disposición a la cual se refiere la reserva es el motivo o razón misma del tratado. Vid. CIJ, *Armed Activities On The Territory Of The Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, Dissenting Opinion Of Judge Koroma, § 11.

<sup>281</sup> Vid. CIJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya vs. Chad)*, Judgment, 1994, p. 6, pp. 24-26, §§ 50-51-52; Vid. TEBoul, G.: “Remarques sur les réserves aux conventions de codification”, en *RGDIP*, Vol. 86, Núm. 4, 1982, pp. 695-700; Vid. BONET PÉREZ, J.(1996): *Las Reservas a los Tratados Internacionales*, J. M. Bosch, S.A., Barcelona., pp. 119-120.

En cuanto a estos dos últimos apartados -el criterio “objeto y fin” puede transformarse y es ambigua- debemos recalcar que es precisamente esa mutabilidad y facultad innata de adaptación lo que constituyen rasgos propios de las normas de *ius cogens*.

4. Puede afirmarse que existen tantos “objetos y fines” como disposiciones tenga un Tratado. Si hacemos el correspondiente análisis en materia de *ius cogens*, debemos pensar que aunque las normas imperativas tengan un enfoque específico (como, por ejemplo, prohibición de cometer crímenes internacionales), su objeto y fin es el mismo: ser el punto de partida a través del que la legitimidad de todo acto y actuación deben interpretarse.

Como consecuencia de lo anterior, apreciamos que la compatibilidad de los Tratados con las normas de *ius cogens* se concibe como un criterio fundamental para determinar la licitud de las disposiciones contenidas en los referidos instrumentos y de la intención subyacente de sus protagonistas. Por lo tanto, como explicaremos más adelante, los artículos 53 y 64 de la CVDT parecen implicar que todo Tratado contiene una disposición implícita de respeto y cumplimiento a las normas de *ius cogens* que conforman el objeto y fin de las mismas. Efectivamente, éstas actúan a modo de contrapeso frente a la vorágine estatal y a su alegada autonomía, limitada por el positivismo requerido de hacer exigible y justiciable los derechos y obligaciones del tipo que sean.

En este sentido debemos resaltar que, desde sus inicios, la CPJI se esforzó en establecer una regla de interpretación restrictiva a favor de la soberanía estatal. A estos efectos, debemos mencionar la opinión consultiva *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* (1925) donde dicho tribunal afirmó lo siguiente: “[s]i las disposiciones de un Tratado no están claras, al escoger entre varias interpretaciones admisibles, aquella que implique el mínimo de obligaciones para las partes es la que debería ser adoptada.”<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “If the wording of a treaty provision is not clear, in choosing between several admissible interpretations, the one which involves the minimum of obligations for the Parties should be adopted.” Cfr. CPJI, *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion, Series B Núm. 12, 1925, p. 25.



Este mismo razonamiento de favorecer una interpretación restrictiva se encuentra en otros casos ventilados por la CPJI y la CIJ. Entre los casos más destacados de la CPJI sobre el tema, podemos mencionar los siguientes: S.S. *Wimbledon* (1923)<sup>283</sup>, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (1932)<sup>284</sup> e *Interpretation of the Statute of Memel* (1932)<sup>285</sup>, así como en las opinión consultiva *Access to, or Anchorage in, The Port of Danzig, of Polish War Vessels* (1931)<sup>286</sup>. La CIJ continuó con este criterio, como puede apreciarse del contenido de su opinión consultiva en *Interpretation of Peace Treaties [with Bulgaria, Hungary and Romania]* (1950)<sup>287</sup> y en los asuntos contenciosos *Anglo Iranian Oil Company* (1952)<sup>288</sup>, *Fisheries (United Kingdom vs. Norway)* (1951)<sup>289</sup>, *Continental Shelf (Libya vs. Malta)* (1984)<sup>290</sup> y *Nuclear Test (Australia vs. France; New Zealand vs. France)* (1974)<sup>291</sup>. Asimismo, durante la existencia

---

<sup>283</sup> Vid. CPJI, *The S. S. Wimbledon*, Series A Núm. 1, Judgment, 1923, p. 24. Asimismo, ver en este mismo caso Joint Dissenting Opinion of Judges Anzilotti and Huber, p. 37.

<sup>284</sup> En el asunto *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, la CPJI indicó lo siguiente: “It follows from the principle that the sovereignty of France is to be respected in so far as it is not limited by her international obligations, and, in this case, by her obligations under the treaties of 1815 together with supplementary acts, that no restriction exceeding those ensuing from these instruments can be imposed on France without her consent. Thus, there is no doubt that the Court is unable to restrain France from establishing at her political frontier a police cordon for the control of traffic (...)” [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, Series A/B Núm. 46, 1932, p. 166.

<sup>285</sup> En línea con lo anterior, el asunto *Interpretation of the Statute of Memel*, la CPJI se expresa de la siguiente forma: “Given the terms of this Article, it is impossible to adduce the silence of the Statute in regard to any matter in order to restrict the sovereignty of Lithuania in favour of the autonomy of Memel, or to deny to the former the exercise of certain rights simply because they are not expressly provided for in the Statute of Memel. Moreover, the purpose of the Statute was not to confer rights on Lithuania, but to fix the limits of the autonomy which the Parties to the Convention of Paris of 1924 intended to establish in favour of the Memel Territory. The Court holds that Memel’s autonomy only exists within the limits fixed by the Statute and that, in the absence of provisions to the contrary in the Convention or its annexes, the rights ensuing from the sovereignty of Lithuania must apply”. [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Interpretation of the Statute of Memel*, Series A/B Núm. 49, 1932, p. 314.

<sup>286</sup> Asimismo, en la opinión cosultiva *Access to, or Anchorage in The Port of Danzig*, la CPJI afirmó lo siguiente: “The fact that Poland claims special rights and privileges for her war vessels in the port of Danzig, renders it necessary to find some juridical basis for the claim. The port of Danzig is not Polish territory, and therefore the rights claimed by Poland would be exercised in derogation of the rights of the Free City. Such rights must therefore be established on a clear basis.” [Subrayado nuestro] Vid. CPJI, *Access to, or Anchorage in The Port of Danzig, of Polish War Vessels*, Advisory Opinion, Series A/B Núm. 43, 1931, p. 142.

<sup>287</sup> De igual forma, la CIJ en el asunto *Interpretation of the Peace Treaties [with Bulgaria, Hungary and Romania]* reconoce los criterios arriba citados de la CPJI, al afirmar lo siguiente: “The Court considers that the text of the Treaties does not admit of this interpretation. While the text in its literal sense does not completely exclude the possibility of the appointment of the third member before the appointment of both national Commissioners it is nevertheless true that according to the natural and ordinary meaning of the terms it was intended that the appointment of both the national Commissioners should precede that of the third member. (...)” Cfr. CIJ, *Interpretation of the Peace Treaties [with Bulgaria, Hungary and Romania]*, Second Phase, Advisory Opinion, 1950, p. 221, p. 227.

<sup>288</sup> Vid. CIJ, *Anglo Iranian Oil Company (United Kingdom vs. Iran)*, Jurisdiction, 1952, p. 93 p. 105.

<sup>289</sup> Vid. CIJ, *Fisheries case (United Kingdom vs. Norway)*, 1951, p. 116, p. 143.

<sup>290</sup> Vid. CIJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya vs. Malta)*, 1984, p. 3, p. 22, § 35.

<sup>291</sup> Vid. CIJ, *Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*, Judgment, 1974, p. 457, pp. 472-473, § 47; Vid.. CIJ, *Nuclear Tests (Australia vs. France)*, Judgment, 1974, p. 253, p. 267, § 44; Cfr. CIJ, individual opinion Judge Gros, p. 286; Vid. CIJ,

de la CPIJ<sup>292</sup> y, en los primeros años de la CIJ<sup>293</sup>, fueron dictados diversos laudos arbitrales en línea con la referida interpretación restrictiva.

Sin embargo, un cambio de perspectiva tuvo lugar como consecuencia de los abusos cometidos por algunos regímenes totalitarios en el pasado reciente, la evolución del propio Derecho Internacional y la aprobación de la CVDT.<sup>294</sup> En efecto, “[l]a doctrina de interpretación restrictiva nunca tuvo una supremacía jerárquica, sino que fungió como técnica para asegurar un balance adecuado en la distribución de derechos dentro de un Tratado. El principio de interpretación restrictiva (...) no está, de hecho, mencionado en las disposiciones de la Convención de Viena.”<sup>295</sup> En el año 2009, ello fue reconocido por la CIJ en el asunto *Dispute Regarding Navigational and Related Rights* (2009).<sup>296</sup>

Así pues, como explicamos *ut supra*, la nueva tendencia en el Derecho Internacional debe ser siempre una interpretación *favorablemente evolutiva*, por lo que en caso de duda, las disposiciones de un Tratado deberán ser interpretadas de la manera más favorable para el ordenamiento jurídico internacional.

---

individual opinion Judge Petré, p. 306; Con una posición contraria, vean los votos disidentes conjuntos de Judges Oneyana, Dillard, JIMÉNEZ de Aréchaga y Waldock, pp. 365–366, § 109.

<sup>292</sup> Vid. UNRIAA, *Kronprins Gustaf Adolf (Sweden vs. USA)*, Vol. 2 (pp. 1239-1305), 18 July 1932, p. 1254; Vid. *Radio Corporation of America (Radio Corporation of America, Republic of China) (USA vs. China)* Vol. 3 (pp. 1621-1636), 1935, pp. 1631-1632.

<sup>293</sup> Vid. UNRIAA, *Cases of Dual Nationality (United Kingdom vs. Italy)*, Decision Núm. 22 (pp. 27-36), Vol. 14, 8 May 1954, pp. 35-36; Vid. UNRIAA, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie — Échange de lettres du 2 février 1951)* (France vs. Italy), *Décisions Nos. 136, 171 et 196*, Vol. 13 (pp. 389-439), 25 June 1952, 6 July 1954 and 7 December 1955, p. 431; Vid. UNRIAA, *De Pascale Case (Italy vs. USA)*, Decision Núm. MD/1018, Vol. 16, (pp. 229-237), 24 June 1961, p. 234; Vid. UNRIAA, *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Vol. 16 (pp. 5-74), 22 December 1963, p. 57; Vid. UNRIAA, *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy (Italy vs. USA)*, Vol. 16 (pp. 75-108), 17 July 1965, pp. 99, 104.

<sup>294</sup> CREMA, L., *op. cit.*, pp. 686-687; Vid. FAUCHALD, O. K., “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals. An Empirical Analysis” en *EJIL*, Vol. 19, Núm. 2, 2008, 317–319; Vid. MORRISON Jr., C. C., “Restrictive Interpretation of Sovereignty Limiting Treaties: The Practice of the European Human Rights Convention System” en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 19, Núm. 3, 1970, p. 375.

<sup>295</sup> La traducción es nuestra. Cfr. *Iron Rhine, arbitration (Belgium vs. The Netherlands)*, 2005, § 24, 53-55.

<sup>296</sup> La CIJ indicó textualmente lo siguiente: “48. In the second place, the Court is not convinced by Nicaragua’s argument that Costa Rica’s right of free navigation should be interpreted narrowly because it represents a limitation of the sovereignty over the river conferred by the Treaty on Nicaragua, that being the most important principle set forth by Article VI. While it is certainly true that limitations of the sovereignty of a State over its territory are not to be presumed, this does not mean that treaty provisions establishing such limitations, such as those that are in issue in the present case, should for this reason be interpreted *a priori* in a restrictive way. A treaty provision which has the purpose of limiting the sovereign powers of a State must be interpreted like any other provision of a treaty, i.e. in accordance with the intentions of its authors as reflected by the text of the treaty and the other relevant factors in terms of interpretation.” [Subrayados nuestros] Vid. CIJ, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica vs. Nicaragua)*, 2009, Judgment, p. 213, p. 237, § 48.

En suma, este principio *in dubio pro cogentis* con el que se reviste a las normas imperativas, es relevante no sólo para la validez del Tratado en sí, sino también como clima de interpretación de la intención de las partes.<sup>297</sup>

Siendo así las cosas, debemos puntualizar que las normas de *ius cogens* no deben ser vistas como una norma *per se* del Derecho Internacional, sino como un parámetro de comportamiento a la luz de lo cual debe ser interpretado todo proceso de formación de normas u actuaciones. Si no fuera aceptada esta tesis, se estaría asumiendo que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, podría operar sin ningún referente valorativo, convirtiéndose en un mecanismo potencial de desnaturalización de los derechos.

Asimismo, la vinculación del Tratado a las normas imperativas determina al mismo tiempo los límites de aquél: las disposiciones del Tratado no pueden desencadenar ningún efecto fuera del mismo, ni más allá de los límites máximos que la norma de *ius cogens* establezca. Lo anterior se sustenta sobre la idea de que toda norma imperativa pretende dar uniformidad universal a los intereses más preponderantes de la comunidad internacional y, en consecuencia, conferir certidumbre a los derechos y obligaciones *erga omnes* derivados de una norma de alcance general.

Consecuentemente, el objeto y fin de las normas imperativas ofrecen una garantía suplementaria a favor de la integridad de las convenciones normativas. En caso contrario, las disposiciones del Tratado serían nulas e inaplicables.

## II. CARACTERES ESPECIALES DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

Aún la *favorable evolución* que caracteriza a las normas imperativas, el *ius cogens* contiene un núcleo duro que lo blinda de todo cambio: la necesidad de que, durante la pretendida operatividad de las mismas, durante el curso de una controversia, se advierta el cumplimiento de los *Caracteres Generales* descritos *ut supra*.

---

<sup>297</sup> Vid. Capítulo II, 2.A, *Las normas imperativas son favorablemente evolutivas*.

Estos rasgos especiales de las normas imperativas nos ofrecen los mecanismos con los cuales los artículos 53 y 64 de la CVDT se revisten de cierta certidumbre jurídica. En definitiva, éstos, de alguna manera, nos indican a dónde se quiere llegar y qué consecuencias pueden tener lugar. Además, muestran su dependencia con respecto a los *Caracteres Generales*, en la medida en que permiten a la norma imperativa que logre el resultado descrito en los artículos 53 y 64 de la CVDT.

#### **A. LA NATURALEZA TRIDIMENSIONAL DEL *IUS COGENS*: NO TIENEN LÍMITES DE ESPACIO, DE SUJETOS NI TIEMPO DE ACTUACIÓN**

Como ya expusimos, las normas de *ius cogens* se aplican en cualquier sistema jurídico, tanto en su dimensión internacional como estatal, sin importar -en este último caso- si el país en cuestión sigue la teoría monista o dualista.<sup>298</sup> Lo relevante aquí es que, cuando sean aplicadas, deben ser interpretadas de la manera más favorable (*in dubio pro cogentis*)<sup>299</sup>, considerando además su naturaleza tridimensional. Esto supone, por tanto, que el encargado de implementarlas no podrá establecer condicionamientos operativos relativos a su (i) ámbito espacial; (ii) a los sujetos que quedan obligados por la misma, o (iii) a su carácter atemporal.

##### **i. DIMENSIÓN VERTICAL DEL *IUS COGENS*: SU ÁMBITO ESPACIAL NO ESTÁ CONDICIONADO**

En este apartado debemos puntualizar que, como veremos en detalle a continuación, las normas imperativas no se ven limitadas por actos o actuaciones que vayan en contra de sus preceptos, por las razones que en un momento puedan esgrimirse en el territorio en el que deba ejecutarse o por la forma jurídica o fáctica -Tratado o cualquier otro instrumento o vía de hecho- que las violente. Ello se debe que,

---

<sup>298</sup> Por favor diríjase a: Capítulo I, III.2, *La recepción de las normas de ius cogens, los Tratados y otras formas de actuación desde la práctica Estatal: ¿un monismo soberano o un dualismo imperativo?*.

<sup>299</sup> Por favor diríjase a: Capítulo I, II, B, i) *Las normas imperativas son favorablemente evolutivas*.

como explicamos, las normas imperativas poseen una dimensión *vertical* que sirven de criterio interpretativo sobre el que debe fundarse toda actuación.

En cuanto a la territorialidad de las normas de *ius cogens*, éstas van “(...) más allá [del] derecho de los Tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus iuris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el Derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él.”<sup>300</sup>

En cuanto a la forma jurídica o fáctica que pueda adquirir la violación o donde pueda verse expuesta, explicábamos en detalle que el control que ejercen los discutidos artículos 53 y 64 sobre todo acto u actuación que le sea contrario, no se ve limitado nunca, ni siquiera como algunos han pretendido afirmar, en relación con otros instrumentos como las resoluciones de organismos internacionales o a la Carta ONU conforme a su artículo 103.<sup>301</sup> Además, todo acuerdo no comprendido en el ámbito el ámbito de la CVDT deberá ser interpretado conforme a las normas imperativas y el responsable de su violación, será sancionado.

Asimismo, resaltamos de nuevo que si los actos jurídicos unilaterales y los hechos jurídicos - indentificados como fuente de Derecho en la medida en que pueden crear, modificar o extinguir derechos -, contravienen las disposiciones de una norma de *ius cogens*, serán nulos o deberán ser terminados conforme a las disposiciones de los artículos 53 y 64 de la CVDT.<sup>302</sup> Esta *dimensión vertical* del *ius cogens* garantiza su efectiva operatividad.

## **ii. DIMENSIÓN HORIZONTAL DEL *IUS COGENS*: ES APLICABLE, SIN EXCEPCIÓN, A TODOS LOS ACTORES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**

---

<sup>300</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “La Ampliación del Contenido Material del *Ius cogens*” en XXXIV Curso de Derecho internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, p. 3; Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A. “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium” en General Course on Public International Law - Part I, *RCADI*, cap. XII, 2005, pp. 336-346.

<sup>301</sup> Por favor diríjase a: Capítulo I, II.1, *La Carta ONU y su relación con el ius cogens: una posible excepción a la jerarquía normativa de las normas imperativas*.

<sup>302</sup> Por favor diríjase a: Capítulo I, II.2 *Los Actos Jurídicos Unilaterales y los Hechos Jurídicos*.

Las normas imperativas de Derecho Internacional, como explicamos, arrastran obligaciones *erga omnes*, puesto que tales reglas representan el núcleo básico sobre el que se sostienen los valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional en su conjunto.<sup>303</sup>

Como resultado de ello, las normas de *ius cogens* y, *a fortiori*, los artículos 53 y 64 de la CVDT se imponen, sin excepción alguna, a todos los miembros de la comunidad internacional. Estos miembros, según ha expresado el Relator Especial del Proyecto CDI Estado (2001)<sup>304</sup> y el TJUN en el asunto *Ahmed Ali Yusuf vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (2005)<sup>305</sup>, incluyen entidades distintas de los Estados, por lo que las violaciones al *ius cogens* no constriñen sólo a éstos, sino también a otros.

Sin embargo, la personalidad jurídica en Derecho Internacional implica la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, así como la posibilidad de hacerlos valer en justicia. El círculo de actores que podrían hacer operativa la norma es, aparentemente, más amplio que los sujetos de Derecho Internacional en su definición más tradicional. Por ello, hemos clasificado a estos actores en (i) sujetos típicos del Derecho Internacional, los cuales serían capaces de hacer completamente operativas las normas imperativas; y, (ii) sujetos atípicos del Derecho Internacional, cuya capacidad parecería verse condicionada.

#### **a. LOS SUJETOS TÍPICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

---

<sup>303</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, II.B, *Obligaciones Erga Omnes*.

<sup>304</sup> James Crawford resaltó que la comunidad internacional abarca entidades distintas de los Estados, como son Organizaciones Internacionales, entre las que mencionó la Unión Europea, el Comité Internacional de la Cruz Roja, las Naciones Unidas”. Vid. CDI, Sesión 53, *Cuarto Informe sobre Responsabilidad del Estado*, ONU Doc. A/CN.4/517, § 36.

<sup>305</sup> Vid. TJUE, *Ahmed Ali Yusuf vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, T-306/01, Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), 21 de septiembre de 2005, §§ 277, 281, 337; Vid. TJUE, *Yassin Abdullah Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, T-315/01, Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), 21 de septiembre de 2005, §§ 226, 231. Todo ello fue reiterado en otras sentencias del mismo tribunal, a saber: Vid. TJUE, *Chafiq Ayadi vs. Consejo y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia*, T-253/02, Tribunal de Primera Instancia (Segunda Sala), 12 de julio de 2006; Vid. TJUE, *Faraj Hassan vs. Consejo y Comisión*, T-49/04; Vid. TJUE, *Leonid Minin vs. Comisión de las Comunidades Europeas y apoyada por el Consejo de la Unión Europea y por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asunto T-362/04, Tribunal de Primera Instancia (Segunda Sala), 31 de enero de 2007, §§ 100-101.

Los Estados son los miembros de la comunidad internacional por excelencia, los cuales, conforme a lo que establece la CVDT, poseen una legitimidad procesal activa y pasiva absoluta. El transcurrir de los años, ha reconocido una potestad con amplios márgenes a las Organizaciones Internacionales que las equiparan, sobre este aspecto, a los Estados.

### (i) LOS ESTADOS

De la lectura de los artículos 1, 2.a), 2.f), 3, 6 y 11 de la CVDT, se extrae que el Derecho Internacional es definido básicamente como el conjunto de derechos y obligaciones que regulan, como un todo, el comportamiento activo o pasivo entre Estados y otros actores de la comunidad internacional.<sup>306</sup> Los miembros que suscriben un Tratado aceptan obviamente las obligaciones y derechos estipulados en él. Por tanto, cada Estado posee una facultad soberana y no condicionada a la acción e intereses de otro Estado parte.

Consecuentemente, cabe concluir que son los Estados los “sujetos” de Derecho Internacional por antonomasia. A raíz de esta observación y en relación con el tema que nos ocupa, conviene puntualizar que éstos, en expresión de su voluntad soberana, poseen un sistema de exclusión (*opt out*), a través del cual están obligados a cumplir con las obligaciones que emanan de los Tratados que voluntariamente han suscrito (salvo que denuncien el mismo), así como la costumbre internacional (salvo que la hayan objetado durante su formación).<sup>307</sup>

Por tanto, si bien el consenso es la premisa básica del Derecho Internacional, al hablar de *ius cogens*, tal elemento se vuelve prescindible frente a los valores fundamentales de la comunidad internacional que se han agrupado en torno a las normas imperativas. Así pues, podemos concluir que el *ius cogens* vincula a todos los Estados partes en los Tratados (obligaciones *erga omnes inter se*) y, en el

---

<sup>306</sup> Vid. Kelsen, H. *Principles of International Law*, The Law Book Exchange, Third Edition, 2003, p. 3; Vid. Quirico, O.: “A Formal Prescriptive Approach to General Principles of (International) Law”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>307</sup> Otra muestra de ello, es el sistema de reservas, donde siempre que el Tratado lo permita y en las condiciones que lo haga, las obligaciones asumidas en un Tratado pueden estar condicionadas a lo expresado en esas reservas.

ámbito del Derecho Internacional general, vinculan a todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no partes en aquellos Tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*).<sup>308</sup>

## (ii) LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Como dijimos al inicio, la comunidad internacional está conformada por organizaciones internacionales, entre las que se pueden mencionar la Unión Europea, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la ONU, la OTAN y la OMC,<sup>309</sup> cuyo rango de actuación no sólo está limitado por los principios generales y las disposiciones de alcance particular que se han establecido en el momento de su conformación, sino también por las normas imperativas.<sup>310</sup>

Aunque las organizaciones internacionales no fueron originalmente consideradas como sujetos en el ámbito del Derecho Internacional, la CIJ le reconoció por primera vez tal carácter, en la opinión consultiva *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949).<sup>311</sup> Posteriormente, la CVDT (1986) consagró formalmente la calidad de sujeto de Derecho Internacional a las organizaciones internacionales.

Cincuenta años después de dicho reconocimiento jurisprudencial, la CIJ tuvo la oportunidad de referirse nueva vez a este tema en el asunto *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* (1999), cuando afirmó “(...) que todos los agentes de las Naciones Unidas, sea cual fuere la capacidad oficial en que actúen, deben procurar no extralimitarse en el ejercicio de sus funciones y comportarse de modo que eviten cualquier demanda

---

<sup>308</sup> Vid. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A Núm. 18, 17 de septiembre de 2003, Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, §§ 77-78.

<sup>309</sup> De este círculo de organizaciones, se deben excluir las organizaciones “no” gubernamentales, como Amnistía Internacional o Greenpeace, los cuales, aunque puedan ejercer una influencia considerable a nivel internacional, no inciden jurídicamente en el Derecho Internacional como titulares de tales prerrogativas. Asimismo, deben ser excluidas las empresas transnacionales, con un rango de alcance a nivel mundial, tampoco son sujetos de Derecho Internacional público. Sin embargo, vale resaltar que aún su exclusión de esta categoría, todas sus actuaciones están sujetas al respeto absoluto del *ius cogens*.

<sup>310</sup> Para abundar sobre el tema, Vid. MARCEAU, G.: “WTO Dispute Settlement and Human Rights” en *EJIL*, Vol. 13, Núm. 4, 2002, p. 802.

<sup>311</sup> Vid. CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, p. 174, pp. 178-179.



dirigida contra las Naciones Unidas.”<sup>312</sup> Tal criterio fue recientemente afianzado por este mismo tribunal en el caso *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (2010)*.

En palabras del juez Cançado Trindade, “[e]l advenimiento de las organizaciones internacionales no solo anuncia la creciente expansión de la personalidad legal internacional (ya no es un monopolio estatal), sino que también pone el foco de atención en la importancia de llenar las necesidades y aspiraciones de las personas. En este sentido, las organizaciones internacionales han contribuido a retornar al *droit des gens*, en el marco de los nuevos tiempos, y a revivir su visión humanista, fiel a las enseñanzas de los ‘padres fundadores’ del derecho de naciones (...)”<sup>313</sup>.

Se afirma, puesto, que las organizaciones internacionales poseen la subjetividad necesaria para contraer derechos y obligaciones internacionales y, como consecuencia de ello, sus actuaciones quedan supeditadas o controladas por el *ius cogens*, pudiendo quedar terminadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 64 de la CVDT.

A modo de conclusión, debemos advertir que si bien las organizaciones internacionales poseen una personalidad jurídica propia y que por sí mismas están obligadas a respetar las normas imperativas, también lo están de manera individual los Estados que conforman tales organizaciones. Por tanto, al quedar los Estados sometidos a las normas imperativas, todo lo que se derive de ellos o sea conformado por ellos, corre la misma suerte. Ello implica que cualquier acto u actuación que emane de una organización internacional, deberá ser interpretado conforme al *ius cogens* y, por tanto, la disposición que sea adoptada contraviniendo una norma imperativa, podrá ser terminada si no se adapta convenientemente.

## **b. LOS SUJETOS ATÍPICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

---

<sup>312</sup> La traducción es nuestra. Crf. CIJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999, p. 62, p. 89, § 66.

<sup>313</sup> La traducción es nuestra. Vid. CIJ, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 2010, §§ 53, 67.

Una aproximación analítica de la evolución del Derecho Internacional, nos muestra una indetenible tendencia de ampliar el círculo tradicional de sujetos de Derecho Internacional a otros actores de la comunidad internacional que se desenvuelven con una personalidad jurídica limitada debido a su incapacidad, entre otras cosas, de celebrar Tratados. En este marco podemos situar los individuos, el CSNU, la Ciudad del Vaticano, la Santa Sede, la soberana Orden de Malta, los beligerantes, los movimientos de liberación nacional, los territorios en régimen de administración Fiduciaria y los territorios internacionalizados.

Sin embargo, una cuestión es determinar si aquéllos son o no sujetos de Derecho Internacional y otra bien distinta es concluir si los mismos se encuentran o no sometidos a las normas imperativas.<sup>314</sup> No siendo objeto de nuestra tesis el esclarecimiento de la primera cuestión -la cual tampoco variaría la nuestras conclusiones-, sí nos importa determinar si tal cualidad es necesaria para ser destinatario de normas imperativas, las cuales conforme al texto de los artículos 53 y 64 de la CVDT (1969) y en la CVDT (1986), sólo se aplicarían a los Estados y a las organizaciones internacionales, respectivamente. Teniendo en cuenta el tema que nos ocupa, pondremos a continuación especial interés en (i) los individuos y en el (ii) CSNU, como sujetos atípicos del Derecho Internacional.

### (i) LOS INDIVIDUOS

En lo que respecta a la personalidad jurídica de los individuos -ya sea activa y/o pasiva-, se afirma que éstos también son sujetos desde el punto de vista del Derecho Internacional por la posibilidad que hoy tienen de acceder de manera directa -*ius standi*- a los tribunales internacionales.<sup>315</sup> En este sentido,

---

<sup>314</sup> Como afirma BARBERIS “[l]a calidad de sujeto que posee una entidad no depende de la cantidad de derechos y obligaciones de que esa entidad es titular. La designación es válida tanto para quien sólo goza de un derecho adjudicado por una norma consuetudinaria como para un Estado soberano. Por ello, del hecho de que una entidad es titular de modo directo y efectivo de un derecho o de una obligación en el orden internacional puede deducirse que dicha entidad es un sujeto de derecho de gentes. Pero, de la circunstancia de que alguien es sujeto de derecho de gentes no puede deducirse que posee capacidad para concertar un tratado. Es posible, pues, que haya sujetos de Derecho Internacional que no tengan capacidad suficiente para celebrar un tratado. Por ejemplo, en tiempo de guerra, una persona particular, que no forma parte de las fuerzas armadas, puede estar obligada directamente por el derecho de gentes, o sea, puede ser sujeto internacional y, sin embargo, no puede concertar un tratado internacional.” Cfr. BARBERIS, J.: *El Concepto de Tratado Internacional*, op. cit., p. 15.

<sup>315</sup> Vid. Corte IDH, *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*, 4 de septiembre de 1998, Voto Concurrente Juez Cançado Trindade, §§ 3, 36-38; Vid. Corte IDH, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, § 24; Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho Internacional”, op.cit., pp. 51-52; Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Las Cláusulas Pétreas

conviene destacar la opinión consultiva *Jurisdiction of the Courts of Danzig (1928)*, donde la CPJI indicó, por primera vez, que los Tratados pueden otorgarles a los individuos derechos y obligaciones, entre los que se encuentran, la facultad de acudir directamente a los tribunales nacionales.<sup>316</sup>

Posteriormente, a raíz de los graves crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, se hizo necesario reconocer la subjetividad jurídica internacional de los individuos para lograr la protección directa y efectiva de sus derechos más básicos.<sup>317</sup> Como consecuencia de lo anterior, se procedió a la creación de los tribunales de derechos humanos -Corte IDH, Corte EDH, Corte ADH - y de derecho internacional humanitario -TPIY, TPIR, CPI- otorgando a los individuos el comentado *ius standi*.<sup>318</sup> Hoy en día, tribunales internacionales como la Corte IDH, a través de su Reglamento, les otorga un *locus standi in judicio*, fundamentado en que al poseer derechos *exigibles*, deben contar con la capacidad procesal para ejercerlos.<sup>319</sup>

---

de la Protección Internacional del Ser Humano: El acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario (Nov. 1999), Vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 5-39; Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI” en Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica.*

<sup>316</sup> De manera textual, la CPJI afirmó lo siguiente: ““It may be readily admitted that, according to a well established principle of international law, the *Beamtenabkommen*, being an international agreement, cannot, as such, create direct rights and obligations for private individuals. But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts. That there is such an intention in the present case can be established by reference to the terms of the *Beamtenabkommen*. The fact that the various provisions were put in the form of an *Abkommen* is corroborative, but not conclusive evidence as to the character and legal effects of the instrument. The intention of the Parties, which is to be ascertained from the contents of the Agreement, taking into consideration the manner in which the Agreement has been applied, is decisive. This principle of interpretation should be applied by the Court in the present case.” [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, Series B Núm. 15, 1928, pp. 17-18.

<sup>317</sup> El TPIY estipuló en el caso *Francia y otros vs. Goering y otros* lo siguiente: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.” Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, *Francia y otros vs. Goering y otros*, sentencia del 30 de septiembre-10. de octubre de 1946.

<sup>318</sup> Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Hacia el Nuevo Derecho internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho internacional”, *op. cit.*, p. 58.

<sup>319</sup> Reglamento de la Corte IDH, aprobado en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009. Vid. Art 24.1 relativo a la participación de las víctimas y la posibilidad de presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. Vid. Art. 26.3 relativo a la posibilidad de solicitar directamente medidas cautelares; Art. 37 relativo a la notificación de la demanda; Art. 43.2 y 44.2, relativo a la exposición de los debates.

En línea con lo anterior, la CIJ reconoció en las opiniones consultivas *International Status of South West Africa* (1950)<sup>320</sup> y *Admissibility of hearings of petitioners by the Committee on South West Africa* (1956)<sup>321</sup>, no sólo el derecho de los Estados bajo el régimen de administración fiduciaria en virtud del artículo 80.1<sup>322</sup> de la Carta ONU, sino que también expresamente admitió la protección de los derechos de los habitantes de dichos territorios.

No obstante, debemos tener en cuenta que la capacidad jurídica internacional del individuo es todavía hoy reducida y queda condicionada a la existencia de Tratados que previamente les hayan otorgado la legitimidad procesal pertinente para actuar.<sup>323</sup> Entonces, ¿es ello un obstáculo para que sus actuaciones sean contrastadas o interpretadas a la luz de las normas imperativas? Es más, ¿cabría reclamar a un individuo la violación a de normas de *ius cogens*?

Empezando por el segundo interrogante, es posible avistar una fácil respuesta: claramente, a un individuo se le puede imputar la violación de una norma imperativa. Así ha sido establecido desde los tribunales de Tokio y Núremberg hasta los más recientes tribunales penales internacionales, internos y

---

<sup>320</sup> La CIJ indicó en la opinion consultiva *International Status of South West Africa* lo siguiente: “These general considerations are confirmed by Article 80, paragraph 1, of the Charter, as this clause has been interpreted above. It purports to safeguard, not only the rights of States, but also the rights of the peoples of mandated territories until Trusteeship Agreements are concluded. The purpose must have been to provide a real protection for those rights; but no such rights of the peoples could be effectively safeguarded without international supervision and a duty to render reports to a supervisory organ. (...)The Court is of opinion that this right, which the inhabitants of South-West Africa had thus acquired, is maintained by Article 80 paragraph 1, of the Charter, as this clause has been interpreted above. In view of the result at which the Court has arrived with respect to the exercise of the supervisory functions by the United Nations and the obligation of the Union Government to submit to such supervision, and having regard to the fact that the dispatch and examination of petitions form a part of that supervision, the Court is of the opinion that petitions are to be transmitted by that Government to the General Assembly of the United Nations, which is legally qualified to deal with them (...)”. Cfr. CIJ, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion, 1950, p. 128, pp. 136-138.

<sup>321</sup> En este caso la CIJ indicó lo siguiente: “The right of petition was introduced into the Mandates System by the Council of the League on January 31st, 1923, and certain rules relating to the matter were prescribed. This was an innovation designed to render the supervisory function of the Council more effective. The Council having established the right of petition, and regulated the manner of its exercise, was, in the opinion of the Court, competent to authorize the Permanent Mandates Commission to grant oral hearings to petitioners, had it seen fit to do so.” Cfr. CIJ, *Admissibility of hearings of petitioners by the Committee on South West Africa*, Advisory Opinion, 1956, p. 23, p. 29.

<sup>322</sup> El referido texto legal afirma lo siguiente: “Art. 80.1.- Salvo lo que se conviniere en los acuerdos especiales sobre administración fiduciaria concertados de conformidad con los Artículos 77, 79 y 81 y mediante los cuales se coloque cada territorio bajo el régimen de administración fiduciaria, y hasta tanto se concierten tales acuerdos, ninguna disposición de este Capítulo será interpretada en el sentido de que modifica en manera alguna los derechos de cualesquiera Estados o pueblos, o los términos de los instrumentos internacionales vigentes en que sean partes Miembros de las Naciones Unidas.”

<sup>323</sup> Vid. CASSESE, A. (2005): *International Law*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, p. 150.

mixtos<sup>324</sup>, que han asumido la ardua tarea de juzgar crímenes de trascendencia universal, cuya prohibición es, sin duda alguna, norma imperativa.

Sin embargo, con respecto a la primera pregunta nos surgen ciertas dudas y, a su vez, nuevas incógnitas relacionadas con la misma, tal y como exponemos a continuación: cuándo exista una norma imperativa que sea violada, ¿puede un individuo reclamar los derechos y obligaciones que de tal infracción se deriven sin la necesidad de apoyarse en un ordenamiento jurídico específico? La respuesta es que no. Si bien todo miembro de la comunidad internacional tiene el deber de respetar la CVDT y, dentro de ésta, las disposiciones de los artículos 53 y 64, no se le reconoce a la citada regulación la facultad de generar un *ius standi* generalizado para que, todo aquel que alegue que se le han violado derechos derivado de una norma imperativa, pueda acudir a un tribunal a reclamar su reposición o resarcimiento.

Prueba de esto es que, por esta alegada carencia de *ius standi*, algunos tribunales internacionales no se han considerado competentes para conocer y juzgar ciertos tipos de casos aún cuando los mismos

---

<sup>324</sup> Podemos definir a los tribunales Híbridos, Especiales, Internacionalizados o Mixtos, como tribunales normalmente establecidos en el territorio de los Estados donde han ocurrido los crímenes que juzgan, que combinan en su estructura, organización y funcionamiento elementos propios del sistema judicial vernáculo con otros propios de los tribunales internacionales. Vid. OTHMAN, K. y OTHMAN, M. (2003): *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Max Planck Institute for International Law, Freiburg, p. 2. El origen de dichos órganos judiciales se remonta a la creación de los Paneles Especiales para Delitos Graves de Timor Oriental (2000), el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias para las Cortes de Camboya (2003) y la Cámara para Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina (2005), la cual representa el modelo más actual de mecanismos de justicia internacionalizados ya que, contrario a los modelos anteriores, desde el 2010 dicho tribunal está completamente integrado dentro del sistema legal bosnio y no opera bajo la ONU, en comparación con el Tribunal Especial para Sierra Leona o las Cámaras Extraordinarias para Camboya). Asimismo, otros ejemplos de tribunales mixtos son los constituidos en Kosovo (Resolución Núm. 1244 del CSNU, y Reglamento Núm. 2000/64 de la MINUK) y el más reciente, fue el Tribunal Especial para el Líbano en 2007 (Resolución Núm. 1757). Vid. Resolución Núm. 1244 (1999), *La situación humanitaria de Kosovo (República Federativa de Yugoslavia)*, 4011ª Sesión Plenaria, 10 de junio de 1999; Vid. Reglamento Núm. 2000/64, *Sobre la asignación de los jueces internacionales y los fiscales internacionales y los cambios de jurisdicción*, 26 de marzo de 2001. Si bien la vía más ordinaria de creación de estos tribunales es mediante el acuerdo entre los estados y las ONU mediante un tratado, existen varios otros instrumentos que fundamentaron este modo de hacer justicia. El tribunal especial para Sierra Leona y las cámaras extraordinarias para Camboya surgen del acuerdo entre los gobiernos de los países involucrados y las Naciones Unidas. En el caso, en cambio, de la constitución de las cámaras especiales para Timor Leste y las jurisdicciones mixtas en Kosovo, han sido creados bajo un mandato de administración mucho más amplio de las Naciones Unidas sobre dichos territorios impuesto de manera coercitiva bajo el capítulo VII del consejo de seguridad. En cuanto al Líbano, si bien al principio parecía que un tribunal mixto iba ser creado a través de un tratado, este resulto frustrado y el Consejo de Seguridad opto por la vía también del capítulo VII pero con ciertas características muy particulares como la no obligación de los demás estados a cooperar con este tribunal y con un papel mucho menos activo por parte de la organización. Vid. Resolución 1757(2007), *La situación en el Oriente Medio*, 5685ª Sesión Plenaria, 30 de mayo de 2007. Un caso particular ha sido el fundamento jurídico para los crímenes de guerra en Bosnia Herzegovina que reposa sobre el art.11 bis del reglamento de procedimiento y prueba del TPIY. Vid. *Rules of Procedure and Evidence*, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, IT/32/Rev. 50 IT/32/Rev. 50, 8 July 2015.

estén relacionados con violaciones de normas imperativas, tal y como lo demuestra la CIJ en los asuntos *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)* (2002)<sup>325</sup>, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*<sup>326</sup> y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* (2012)<sup>327</sup> ya explicados anteriormente.<sup>328</sup> Esta situación, como vemos, tiene especial relevancia, puesto que de interpretarse las normas imperativas bajo el *principio de favorabilidad*, las trabas procesales no impedirían la real y efectiva operatividad de tales normas. En conclusión, aunque las normas de *ius cogens* son autónomas y no necesitan de otras fuentes para ser exigibles y justiciables, sí necesitan un Derecho Internacional vinculado, de algún modo, a la realidad y a los intereses estatales.

## (ii) EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

El CSNU, si bien es uno de los organismos que conforman la ONU, debemos advertir que posee una naturaleza peculiar en comparación con los demás órganos que forman parte de dicha organización. Muchos autores sostienen que el CSNU, al poder actuar en casos de amenaza o quebrantamiento a la paz y seguridad internacional, se encuentra capacitado para adoptar medidas extremas que impliquen el quebrantamiento de las normas de *ius cogens* -ya sea por acción u omisión- .

No obstante, el Juez Lauterpacht enfatizó durante la fase de medidas provisionales del referido asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1993), que el *ius cogens* debe ser respetado por el CSNU de manera incondicional y, por lo tanto, sus resoluciones no deben aplicarse cuando conlleven la vulneración de normas imperativas.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> Vid. CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, Judgment, 2002, p. 3, § 58.

<sup>326</sup> Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, § 64.

<sup>327</sup> En este caso la CIJ indica lo siguiente: “97. Accordingly, the Court concludes that even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of jus cogens rules, the applicability of the customary international law on State immunity was not affected.” Cfr. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, p. 99, § 96.

<sup>328</sup> Vid. Capítulo II, 2. A, *Reconocimiento de la competencia jurisdiccional para conocer y valorar las violaciones de normas imperativas cometidas en un territorio específico, pero se condiciona su operatividad a una norma jurídica distinta*.

<sup>329</sup> Vid. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, p. 3, *Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht*, p. 325, p. 440, § 100.

En esa misma tesitura, el TJUE reafirmó este mismo criterio en el asunto *Yassin Abdullah Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (2005) al admitir que tiene capacidad para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del CSNU si éstas contravienen una norma imperativa.<sup>330</sup> El TPIY ha ido un poco más allá y ha indicado, en su conocido asunto *Tadic* (2005), que tales resoluciones no sólo pueden ser controladas, sino que ante un posible choque con normas de *ius cogens*, dicho tribunal tiene la competencia de revisar las actuaciones que el CSNU realiza.<sup>331</sup> Ello tiene especial relevancia cuando nos percatamos de que el CSNU juega un doble papel: por un lado, actúa como árbitro/moderador en cierto tipo de situaciones y, por otro, está encargado de hacer ejecutar las resoluciones que dicta, incluso haciendo uso de su poder coercitivo.

---

<sup>330</sup> En este caso el TJUE estipuló lo siguiente: “285. (...) the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that all Community acts must respect fundamental rights, that respect constituting a condition of their lawfulness which it is for the Court to review in the framework of the complete system of legal remedies established by the Treaty; 286. In this regard it must be emphasized that, in circumstances such as those of these cases, the review of lawfulness thus to be ensured by the Community judicature applies to the Community act intended to give effect to the international agreement at issue, and not to the latter as such; 287. With more particular regard to a Community act which, like the contested Regulation, is intended to give effect to a Resolution adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations, it is not, therefore, for the Community judicature, under the exclusive jurisdiction provided for by article 220EC, to review the lawfulness of such a Resolution adopted by an international body, even if that review were to be limited to examination of the compatibility of that Resolution with *jus cogens*; 288. However, any judgment given by the Community judicature deciding that a Community measure intended to give effect to such a Resolution is contrary to a higher rule of law in the Community legal order would not entail any challenge to the primacy of that Resolution in international law.” *Cfr.* TJUE, *Yassin Abdullah Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, *Op. Cit.*, §§ 285-288.

<sup>331</sup> El TPIY estableció de manera expresa en el caso *Tadic* lo siguiente: “20. (...) There is no question, of course, of the International Tribunal acting as a constitutional tribunal, reviewing the acts of the other organs of the United Nations, particularly those of the Security Council, its own “creator.” It was not established for that purpose, as is clear from the definition of the ambit of its “primary” or “substantive” jurisdiction in Articles 1 to 5 of its Statute. But this is beside the point. The question before the Appeals Chamber is whether the International Tribunal, in exercising this “incidental” jurisdiction, can examine the legality of its establishment by the Security Council, solely for the purpose of ascertaining its own “primary” jurisdiction over the case before it; 21. (...) Obviously, the wider the discretion of the Security Council under the Charter of the United Nations, the narrower the scope for the International Tribunal to review its actions, even as a matter of incidental jurisdiction. Nevertheless, this does not mean that the power disappears altogether, particularly in cases where there might be a manifest contradiction with the Principles and Purposes of the Charter. 22. In conclusion, the Appeals Chamber finds that the International Tribunal has jurisdiction to examine the plea against its jurisdiction based on the invalidity of its establishment by the Security Council (...)”. *Cfr.* TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Appeals Chamber, 1995, §§ 21-22. Asimismo, ver la opinión separada del juez Sidhwa en el recurso interlocutorio de apelación. *Vid.* Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, §§ 20-23; *Vid.* HOSSAI, Kamrul, *Legality of the Security Council Action: Does the International Court Of Justice Move to Take Up the Challenge of Judicial Review?*, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 5, No: 17, 2009, p. 157.

La base conceptual de la afirmación anterior reside en que las normas de *ius cogens* no pueden voluntariamente derogarse o modificarse por el *ius dispositivum*<sup>332</sup>. Así pues, las disposiciones legales contenidas en la Carta ONU, en relación con las obligaciones y derechos del CSNU, deben ser interpretadas y ejecutadas de tal forma que sean compatibles con el *ius cogens*. Según ha reconocido el TJUE y algunos tribunales domésticos<sup>333</sup>, el Derecho Internacional articula ciertos límites en torno al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del CSNU: la necesidad de respetar el *ius cogens* en todo momento, debiendo anular o terminar aquéllas que lo violenten.<sup>334</sup> En el caso de que se produzca dicha infracción, las resoluciones del CSNU no tendrán carácter vinculante.

Sabemos, de todos modos, que el carácter político y hasta “voluntarioso” de las decisiones del CSNU, podrían hacer que éstas sean ejecutadas *de facto*, vulneren o no las normas imperativas. De cualquier forma, si nos apoyáramos en la teoría de la responsabilidad fiduciaria, cabría afirmar el retorno a los principios más básicos, puesto que en el momento de dictarse una resolución, el CSNU debería actuar conforme a sus deberes fiduciarios, consistentes en respetar las normas de *ius cogens*. Ello limitaría la absoluta discrecionalidad que el CSNU tiene cuando actúa -o deja de actuar- con arreglo al Capítulo VII de la Carta ONU, sometiénolo formalmente al Derecho Internacional. En este sentido, lograríamos contrastar la tradicional opinión de que el CSNU es un órgano “político” a una en la que sus decisiones y actuaciones, pese a ser políticas, llevan consigo obligaciones fiduciarias que lo atan a Derecho -normas imperativas-.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> Vid. REINSCH, A. “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions, 95 American Journal of International Law” en *AJIL*, 2001, pp. 851, 859; Vid. DÖHRING, K.: “*Unlawful Resolutions of the Security Council (91109)*” en Max Plank *Y.B.*, Vol. 1, 1997, p. 99.

<sup>333</sup> De manera textual, este tribunal estipuló lo siguiente: “35. Emphasis has often been laid on the special character of the European Convention as a human rights instrument. But the reference in article 103 to “any other international agreement” leaves no room for any excepted category, and such appears to be the consensus of learned opinion. The decisions of the International Court of Justice (Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising From the Aerial Incident at Lockerbie [1992] ICJ Rep 3, § 39; Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide [1993] ICJ Rep 325, per Judge ad hoc Lauterpacht, pp. 439-440, paras. 99-100) give no warrant for drawing any distinction save where an obligation is *ius cogens* and according to Judge Bernhardt it now seems to be generally recognised in practice that binding Security Council decisions taken under Chapter VII supersede all other treaty commitments (Simma (ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed (2002), pp. 1299-1300).” Cfr. UKHL, *R. (Al-Jedda) vs. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, [2008] 1 AC 332, § 35.

<sup>334</sup> Vid. TJUE, *Ahmed Ali Yusuf vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, *Op. Cit.*, § 281; Vid. TJUE, *Yassin Abdullah Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, *Op. Cit.*, § 230.

<sup>335</sup> Aunque refiriéndose al medio ambiente, la doctrina ha indicado este cambio de paradigma. “They call for a return to basic principles a paradigm shift from political discretion to fiduciary obligation in the management of natural resources”. Vid. WOOD, M. C., *op. cit.*, p. 95.



### iii. DIMENSIÓN TRANSVERSAL DEL *IUS COGENS*: NO TIENEN TIEMPO LIMITADO DE ACTUACIÓN

Si atendemos al objeto del presente trabajo de investigación, este apartado es especialmente relevante en la medida que posibles teorías podrían articularse en torno a la probable desvinculación del *ius cogens* en relación con Tratados que han sido firmados con anterioridad a la entrada en vigor de la CVDT. Para iniciar nuestra explicación, debemos aclarar que al hablar de la *dimensión transversal* del *ius cogens* no nos estamos refiriendo a los “efectos” que puede tener una norma imperativa sobre un Tratado - lo cual es claramente descrito en los artículos 53 y 64 de la CVDT: si son nulos, tiene efectos retroactivos; si termina, tiene efectos sólo para el porvenir,<sup>336</sup> sino que el rango temporal en el que puede ser aplicada la misma cuando los hechos ocurrieron antes de la promulgación de la CVDT.

Siendo así las cosas, lo anterior debe analizarse en consonancia con los artículos 4<sup>337</sup> y 28<sup>338</sup> de la CVDT, puesto que se refieren, respectivamente, a la aplicación irretroactiva de la CVDT frente a Tratados celebrados antes de su entrada en vigor y a la irretroactividad, en término generales, de tales instrumentos internacionales.<sup>339</sup> En este contexto, surgen relevantes cuestiones: ¿se aplican o no las disposiciones del artículo 64 de la CVDT a Tratados suscritos antes de la codificación de las normas imperativas en la CVDT? Además, ¿podría emerger una nueva norma imperativa e invocarse con respecto a un Tratado concluido antes de la entrada en vigor de la CVDT y que, en el momento de su conclusión, estuviera en conflicto con las referidas normas?

Para determinar si el *ius cogens* -como concepto y figura codificada en la CVDT- se aplica a los Tratados concluidos antes de la CVDT, debemos analizar si el contenido de los artículos 53 y 64 de la

---

<sup>336</sup> Por favor diríjase a: Capítulo III, I.1. *Diferencias entre la nulidad ex tunc y la nulidad ex nunc*.

<sup>337</sup> “Art. 4.- Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los Tratados estén sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicara a los Tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados”.

<sup>338</sup> “Art. 28.- Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

<sup>339</sup> Por favor diríjase a: Capítulo III, II, 2.B *Los efectos temporales de la terminación de Tratados contrarios a las normas de ius cogens*.

CVDT hace referencia o no a una regla de Derecho Internacional que nació por primera vez con la entrada en vigor de la CVDT; o si, por el contrario, se trata de una disposición que existía con anterioridad a la CVDT en el Derecho Internacional general y que tan sólo fue codificada en dicho Tratado.

Para dar respuesta a los interrogantes anteriores, debemos partir de la premisa de que todo acto jurídico debe valorarse de conformidad con la regulación en vigor, manteniéndose su validez y efectos dentro de los límites que las partes hayan establecido o hayan tenido la intención de establecer.<sup>340</sup>

Siendo así las cosas, debemos destacar que, antes de la llegada de la CVDT, la comunidad internacional ya había reconocido la existencia de normas de ética y moralidad supranacional,<sup>341</sup> lo cual se reflejó en casos como *Oscar Chinn* (1931)<sup>342</sup> de la CPJI, así como en la opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951)<sup>343</sup> y *South West Africa Cases* (1966)<sup>344</sup>. Ello demuestra que el *ius cogens* ya existía y se reconocía en el Derecho Internacional general. En otras palabras, a raíz de los casos anteriores, podemos concluir que las normas imperativas no fueron una instauración normativa de la CVDT, sino que simplemente fueron codificadas en la CVDT.

En efecto, la motivación principal del mencionado instrumento fue *codificar* y no *cristalizar*; fue *enunciar* y no *crear* un régimen que permitiese establecer parámetros generales de exigibilidad para el *ius cogens superveniens* y sus efectos frente a Tratados que lo contraviniesen. Fruto de ello, es el criterio de irretroactividad -recogido en el referido artículo 4 de la CVDT-, el cual limita la aplicación de este

---

<sup>340</sup> “Such an alleged original feudal title of the Kings of France in respect of the Channel Islands could to-day produce no legal effect, unless it had been replaced by another title valid according to the law of the time of replacement. (...) With regard to the Judgment of 1202 invoked by France it is the opinion of the Court that, whatever view is held as to its existence, validity, scope and consequences, it was not executed in respect of the Channel Islands, the French Kings having failed to obtain possession of these Islands except for brief periods. Even if this feudal Judgment, assuming that it was in fact pronounced, was intended to produce legal effects at that time, it remained in any case inoperative with regard to the Channel Islands. To revive its legal force to-day by attributing legal effects to it after an interval of more than seven centuries seems to lead far beyond any reasonable application of legal considerations.” [Subrayados nuestros] Vid. CIJ, *The Minquiers and Ecrehos case*, Judgment, 1953, p. 47, pp. 56-57. Vid. DIACONU, I.(1971: *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (ius cogens)*, Bucarest., p. 122; Vid. GÓMEZ ROBLEDO, A., *op. cit.*, pp. 114-118.

<sup>341</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, I, 1. *El Origen Embrionario del Ius Cogens y su Codificación en los Artículos 53 Y 64 de la CVDT.*

<sup>342</sup> Vid. CPJI, *The Oscar Chinn case (United Kingdom vs. Belgium)*, Series A/B Núm. 63, 1934, p. 150.

<sup>343</sup> Vid. CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 15, p. 63.

<sup>344</sup> Vid. CIJ, *South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa)*, *Second Phase, Judgment, 1966*, p. 6, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, pp. 296-298.

instrumento jurídico a los Tratados celebrados después de la entrada en vigor de ésta, pero tal disposición no le es aplicable a los artículos 53 y 64 de la CVDT en la medida en que el *ius cogens* no es un simple instrumento normativo surgido con el Derecho de los Tratados, sino que existía con anterioridad a él.<sup>345</sup>

El hecho entonces de que la comunidad internacional hubiera reconocido, desde hacía años, la existencia de normas generales de moralidad internacional y que ello haya sido codificado en los artículos 53 y 64 de la CVDT, permite sostener que el *ius cogens* posee un carácter dual, al ser consuetudinario y convencional al mismo tiempo. En iguales términos se ha referido la Corte IDH al tratar el valor vinculante de la CADH. Dicho tribunal afirmó que aun cuando el Estado no haya ratificado la mencionada Convención, debe considerarse “que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional general (*jus cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.”<sup>346</sup>

Así pues, con este carácter dual -el consuetudinario y convencional-, nace lo que hemos denominado la “dimensión transversal” del *ius cogens*, el cual permite que su carácter vinculante no dependa de si estaba o no reconocido en la CVDT, sino que las normas de *ius cogens* pueden ser aplicadas a Tratados que existían antes de 1969, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Convención y, por supuesto, a aquéllos concluidos después.<sup>347</sup> Podemos deducir, pues, que el *ius cogens* es implícitamente, una provisión más que los Tratados deben respetar, hayan sido concluidos o no antes de la entrada en vigor de la CVDT.

## **B. LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DEL *IUS COGENS* FRENTE A LAS DEMÁS FUENTES DEL DERECHO**

<sup>345</sup> Vid. CDI, Quinto informe del Relator especial Sir Humphrey Waldock, 1966, vol. II, p. 26, § 6.

<sup>346</sup> Cfr. Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 154, 26 de septiembre de 2006, § 153.

<sup>347</sup> Vid. CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 16, pp. 46-47, § 94; Cfr. DIACONU, I. *op. cit.*, p. 125.

Las discusión plasmada en el Capítulo I de esta tesis sobre las teorías monista y dualista demuestra que las normas de *ius cogens* permean en dos grandes foros: el interno y el internacional. Por ello, independientemente de las debilidades que en la práctica se puedan reflejar, las normas imperativas poseen una superioridad normativa indudable.

**i. LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DEL *IUS COGENS* FRENTE A LAS DEMÁS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL**

El artículo 38.1<sup>348</sup> del Estatuto de la CIJ recoge las fuentes del Derecho Internacional. En él, se enuncian cuatro tipos -Tratados, Costumbre, Principios y Doctrina y Jurisprudencia- que la Corte debe aplicar. No obstante, dicho instrumento no limita el uso de otras fuentes -como pueden ser los actos jurídicos unilaterales, las resoluciones de las organizaciones internacionales o las normas imperativas- aunque sí establece un valor jerárquico entre ellas. El referido texto legal, pues, no hace más que dar una referencia a la CIJ acerca de las fuentes que, en un momento dado, puede utilizar.<sup>349</sup>

Sin embargo, cuando hablamos de normas imperativas -no recogidas expresamente, por cierto, en el referido Estatuto- existe una superioridad jerárquica indiscutible frente a cualquier otra fuente.<sup>350</sup> Ello implica, pues, que las normas de *ius cogens* no sólo se imponen a cualquier otra fuente del Derecho Internacional, sino que además únicamente pueden ser derogadas por medio de otras normas de igual jerarquía. Por lo tanto, debido a esta particular naturaleza de aquéllas, todos los actos y actuaciones -surgidos en el plano internacional- deben articularse de conformidad con las mismas.

---

<sup>348</sup> “Art. 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

<sup>349</sup> De tal forma, en caso de conflicto entre un Tratado y una costumbre, el juez podrá acudir a los principios de Derecho Internacional para poder decidir.

<sup>350</sup> *Vid.* CDI, Declaración del delegado de Chipre, Sexta Comisión, 783 Session, ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1953/Add.1, Vol. II, § 22.

Abundando en la misma idea, debemos subrayar que la mencionada “superioridad normativa”<sup>351</sup> o “jerarquía material”<sup>352</sup> sobre la que se fundamenta el sistema legal internacional -conceptualizado en el artículo 53 y 64 de la CVDT-, conlleva que los Tratados articulados en contra de las normas imperativas serán declarados nulos con efectos *en contra del ius cogens ex tunc* (nulidad *per se*) o *ex nunc* (terminación), dependiendo del momento en el que se reconozca su imperatividad.

A raíz de las observaciones anteriores, cabe afirmar que aunque no existe texto legal constitucional formal en el ámbito del Derecho Internacional, podemos concluir que -como consecuencia, entre otras cuestiones, de la inderogabilidad que se deduce de las regulación imperativa, así como de su supremacía jerárquica- las normas de *ius cogens* asumen -aunque sea de manera tácita- el papel equivalente al desempeñado por una Constitución política en el plano estatal doméstico, en el sentido de que deben ser contempladas como las normas supremas del ordenamiento legal internacional.<sup>353</sup>

## ii. LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DEL *IUS COGENS* FRENTE A NORMAS ESTATALES

En consonancia con los criterios esbozados *ut supra* respecto a la caracterización que la doctrina y la jurisprudencia internacional ha realizado de manera coherente y constante en torno a las normas de *ius cogens*, hay que sumar a ello la actuación de los órganos judiciales de países como EEUU<sup>354</sup>, Colombia<sup>355</sup> y Argentina. En este sentido, debemos traer a colación lo estipulado por la Corte Suprema de Argentina, la cual ha declarado que “(...) la función del *ius cogens* es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de estados en su conjunto,

---

<sup>351</sup> Cfr. ORAKHELASHVILI, A.: “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions” en *EJIL*, Vol. 16, Núm. 1, 2005, p. 69.

<sup>352</sup> Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Sobre las Normas Imperativas del Derecho internacional”, *op. cit.*, p. 274.

<sup>353</sup> ORAKHELASHVILI, A.: “Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System” en *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, Editors: Muller, Sam and Frishman, Morly, Hague Academic Press: Netherland, 2010; Disponible: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1286926](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1286926), pp. 1-2.

<sup>354</sup> Vid. WEISBURD, A. M.: “American Judges and International Law” en *University of North Carolina (UNC) Public Law Research Paper Núm. 02-16*, October 2002, pp. 25-40. Disponible: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=338440](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=338440).

<sup>355</sup> Por ejemplo, ver Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Penal. *Caso de la Masacre de Segovia*. Acta número 156, de 13 de mayo de 2010, p. 68.

para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derechos cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal.”<sup>356</sup>

Claramente, las disposiciones del Derecho interno no pueden prevalecer sobre las de una norma imperativa, incluyendo las de carácter constitucional. Es por ello que si existe el principio general de no poder alegar una norma interna para incumplir una internacional -aunque sea, incluso, de rango constitucional- conforme a lo preceptuado en el artículo 27 de la CVDT, con mayor razón no podrá hacerse lo mismo frente a una norma imperativa, ni siquiera cuando el alegato se fundamente en el propio texto constitucional.

Así, pues, resulta tremendamente interesante analizar la argumentación empleada por la Corte Constitucional de Colombia, la cual asimila el *ius cogens* con los principios, fines y valores del propio Estado sobre los cuales debe partir toda interpretación normativa. Según el referido órgano judicial, las normas imperativas “deben ser respetadas en toda aplicación del derecho; ninguna decisión jurídica puede desconocerlas.”<sup>357</sup>

---

<sup>356</sup> Vid. Corte Suprema de Argentina, *Caso Priebke erich s/ extradición*, Fallo 318:2148, considerando 70.

<sup>357</sup> “2. La Constitución de 1991, en concordancia con las nuevas exigencias de comunicación relación interestatales adoptó una serie de normas encaminadas a fortalecer la participación colombiana en el proceso de internacionalización económica, cultural y axiológica liderada por el Derecho Internacional. En este sentido el constituyente no sólo dedicó un capítulo específico (el número VIII) al tema de las relaciones internacionales dentro del marco de acciones propias del ejecutivo, sino que también consagró normas relativas al Derecho Internacional convencional, dentro de las cuales se destacan las relativas a la celebración de los Tratados (arts. 150-16, 189-2), al reconocimiento general del valor del Derecho Internacional, al reconocimiento específico de ciertas áreas de la normatividad internacional de especial importancia normativa, por el hecho de estar vinculadas directamente con los principios del “ius cogens”, tales como el Derecho Internacional humanitario (art. 93) y el Derecho Internacional de los derechos humanos (214-2), etc.. 3. El énfasis puesto por la Constitución de 1991 en el Derecho Internacional y en especial en el acogimiento de sus principios, fines y valores, encuentra su complemento adecuado en los principios, valores y derechos establecidos en el texto mismo de la Constitución a partir de la adopción del postulado del Estado Social de Derecho. Como ya ha sido explicado por esta Corte, los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible. Son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo 4o. del texto fundamental. Si bien es cierto que no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, aunque puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. Los valores, a diferencia de los principios, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto. 4. Las normas constitucionales relativas a los valores y principios, así como las normas internacionales pertenecientes al llamado “ius cogens”, no son proclamaciones programáticas o meras aspiraciones que sólo poseen valor jurídico en la medida en que sean asumidas legalmente. Tales normas deben ser respetadas en toda aplicación del derecho; ninguna decisión jurídica puede desconocerlas. De esta manera,

En tal sentido, como expresamos con anterioridad, toda instrumento jurídico interno interna que sea contraria a una norma de *ius cogens*, debe inaplicarse. Así las cosas, toda norma legislativa posterior contraria a una norma imperativa anterior, es nula e inexistente; por igual, una norma legislativa posterior será igualmente ineficaz y deberá, o adecuarse a la regla imperativa supranacional o deberá ser derogada. En tanto esta adecuación o derogación no se realicen, la aplicación de la ley en cuestión debería poder ser suspendida de forma directa e inmediata por los jueces nacionales.<sup>358</sup>

El anterior pronunciamiento no es más que otro reconocimiento expreso de que el *ius cogens* representa no sólo principios y valores que implican una compenetración indudable entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, sino que además, las disposiciones del Derecho interno no pueden prevalecer sobre las de una norma imperativa, incluyendo -como ya se ha dicho- las de carácter constitucional- conforme el artículo 27 de la CVDT-. A modo de conclusión, se debe afirmar que si el principio general que rige en el Derecho Internacional es que no es posible alegar una norma interna para incumplir una internacional, con mayor razón no puede fundamentarse el incumplimiento de una norma de *ius cogens* en la regulación estatal.

Como vemos, la superioridad normativa del *ius cogens* le otorga una indiscutible autonomía al momento de ser aplicada o implementada. Pese a esto, las normas imperativas poseen una *dependencia funcional* al necesitar del Derecho Internacional -término que queremos utilizar en su sentido mas formalista- para que puedan ser operativas. De allí que, de la simple lectura de los artículos 53 y 64 de la CVDT, vemos en el *ius cogens* una norma fuertemente condicionada al reconocimiento del Derecho Internacional para su implementación y, a su vez, este Derecho Internacional se ve forzado a complementarse o auxiliarse del Derecho interno de cada Estado -por demás, soberano y voluntarioso- para lograr los efectos prácticos esperados.

---

indirectamente, ellas invaden toda la aplicación jurídica hasta sus más específicas planos. 5. Por esta doble vía, acentuando, por un lado, la participación del país en la comunidad internacional, no sólo a través del aumento de relaciones comerciales y culturales, sino también de la compenetración axiológica entre las naciones, y consagrando, por el otro, un catálogo de derechos valores y principios acordes con los postulados fundamentales del Derecho Internacional, la Constitución de 1991 es clara en postular la coordinación y complementación entre ambos sistemas jurídicos por medio de los mecanismos internos y externos de control.” [Subrayados nuestros] Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-027/93, 5 de febrero de 1993.

<sup>358</sup> Vid. GORDILLO, A (2009): *Tratado de Derecho Administrativo* (10ma ed.), p. VI-18.

LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE CUMPLIMIENTO DEL *IUS COGENS SUPERVENIENS* COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE  
TRATADOS



***LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS  
DEL IUS COGENS SUPERVENIENS  
COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE  
TRATADOS  
CAPÍTULO III***

***LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DEL IUS COGENS SUPERVENIENS COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS***  
CAPÍTULO III

Como vimos en el capítulo anterior, al realizar una lectura integral y pormenorizada de la CVDT, se extraen una serie de *Caracteres Generales* y *Especiales* que se destacan tanto de las normas de *ius cogens*, como de la figura relativa a la terminación de los Tratados. En este aspecto debemos destacar que la articulación de fórmulas genéricas auspiciadas por la CVDT -a través de figuras como la nulidad, terminación, suspensión o denuncia-, nos permite determinar el modo en el que debe procederse a la terminación de los Tratados. En cualquier caso, la afirmación anterior se ve matizada cuando las normas de *ius cogens* se erigen como el motivo de dicha finalización, puesto que representan una figura viva y evolutiva con características muy particulares.

Paradójicamente, contrario a la evolutiva y mutable figura que representa el *ius cogens*, la CVDT formula una objetiva y estática figura de “terminación” con la cual se garantiza una mayor certidumbre jurídica. Sea como fuere, el referido instrumento normativo enmarca la figura de las normas imperativas y de la la terminación por separado, al tiempo que los relaciona en el artículo 64 de la CVDT, provocando cierta confusión. Como ya comprobaremos a continuación, adquiere una relevancia particular y una distinción muy propia, la terminación de un Tratado cuando es causada por una nueva norma imperativa.

**I. LA TERMINACIÓN DE TRATADOS Y SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL**

Como ya ocurría con las normas de *ius cogens*, la terminación de los Tratados, como instrumento autónomo, posee *Caracteres Generales* que los diferencian de otras figuras de conclusión que también se encuentran reguladas en la CVDT. Dichos *caracteres* se concentran en las consecuencias emanadas de la culminación de un Tratado, dotándolo de de la certidumbre necesaria para garantizar la exigibilidad de los derechos y obligaciones que se hayan visto afectadas.

## 1. DIFERENCIAS ENTRE LA NULIDAD EX TUNC Y LA NULIDAD EX NUNC

Los artículos 53 y 64 de la CVDT han determinado que la oposición entre una norma imperativa y un Tratado da lugar a su nulidad -en el caso de que dicha norma sea anterior al momento de su celebración- o a su terminación -en el caso de que la norma sea posterior (*ius cogens superveniens*)-. A los fines de evitar confusiones terminológicas, la CDI decidió diferenciar ambos tipos de nulidades y los efectos que cada una producía, a saber: (A) la nulidad *ex tunc*; y (B) la nulidad *ex nunc* de los Tratados.<sup>359</sup>

### A. LA NULIDAD EX TUNC DEL TRATADO (NULIDAD)

La declaración de nulidad de un Tratado, establecida en el artículo 53 de la CVDT, implica que son retroactivamente anulables, los Tratados concebidos *ex ante* siempre que tengan como objetivo expreso violentar el *ius cogens* preexistente. Se adoptó, pues, la solución de la “indivisibilidad”, sancionando con la nulidad absoluta “el desafío al orden público internacional al celebrar, con plena premeditación y conciencia, un tratado contrario, en todo o en parte, a una norma de *ius cogens*.”<sup>360</sup> Esta “nulidad absoluta”, “nulidad de pleno derecho” o “anulabilidad”, como se conoce esta figura en los ordenamientos estatales, sanciona al Tratado de tal manera que se entiende que nunca existió y, por tanto, nunca produjo efectos jurídicos.

### B. LA NULIDAD EX NUNC DEL TRATADO (TERMINACIÓN)

La nulidad *ex nunc* del Tratado, que no es más que la terminación del Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT, sanciona la negativa, presuntamente deliberada, de no adecuar las disposiciones de este instrumento jurídico al orden público internacional surgido con posterioridad al nacimiento del Tratado. A raíz de lo anterior, debemos recalcar que la terminación de un Tratado implica “(...) la cesación de sus efectos. En otras palabras, al terminar un Tratado dejan de ser exigibles los derechos, obligaciones y

---

<sup>359</sup> Vid. A/CN. 4/er. A/1963, session 711, §§ 27 *et seq.*

<sup>360</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, A., *op. cit.*, p. 107.

situaciones jurídicas que de él emanan.”<sup>361</sup> Consecuentemente, la declaración de invalidez de este tipo de instrumentos normativos supone que dejan de desplegar los efectos jurídicos pertinentes aunque sí conservan, lógicamente, los generados con carácter anterior a dicha declaración.

Efectivamente, al estar la buena fe<sup>362</sup> involucrada en el momento de la celebración del Tratado, se impone -como solución más justa- el principio de divisibilidad. De hecho, puede suceder que la colisión entre la nueva norma de *ius cogens* y el Tratado no afecte a todo el instrumento, sino únicamente a aquella disposición o cláusula que se encuentre bajo sospecha de “agredir” una norma imperativa sobrevenida.<sup>363</sup> Sea como fuere, como veremos más adelante, en la práctica no parece fácil que esta divisibilidad opere con frecuencia en la medida en que es tremendamente difícil separar unas disposiciones de otras.<sup>364</sup>

En cualquier caso, ante la violación del artículo 64 de la CVDT, las partes tendrán siempre la oportunidad -como *prima ratio*- de adecuar el Tratado para ajustarlo a Derecho, bajo la presunción de que en el momento de su celebración, fue suscrito de buena fe. Si no se procede a ello, se impondrá -como *ultima ratio*- su terminación a modo de sanción.

## 2. EL CARÁCTER DUAL DEL *IUS COGENS SUPERVENIENS* COMO CAUSA DE TERMINACIÓN

Del epígrafe anterior podemos extraer que dos son las causas que motivan la terminación de un Tratado: (a) *intrínseca* -vinculada a la decisión de las partes- y (b) *extrínseca* -sujetada a factores

---

<sup>361</sup> Cfr. VARGAS CARREÑO, E. (1979): *Introducción al Derecho Internacional*, Ed. Juricentro, S.A., Costa Rica, Vol. I, p. 173.

<sup>362</sup> Sobre este aspecto, véase los artículos 26, 31 y 49 de la CVDT. El principio de buena fe se encuentra contemplado también en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional. Vid. AGNU, *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*, 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970. Este principio, según la CIJ, es vital en la negociación, interpretación y aplicación de los Tratados y está estrechamente vinculado al principio *pacta sunt servanda* en la medida en que los Estados están atados a alcanzar un resultado preciso adoptando una dirección particular de sus actuaciones en el mejor interés de lograr lo negociado de buena fe. Vid. CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, p. 263-263, § 99; Vid. CIJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Judgment, 1974, p. 268, § 46.

<sup>363</sup> SZTUCKI, J. (1974): *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Springer-Verlag, New York, p. 148.

<sup>364</sup> DIACONU, I., *op. cit.*, p. 128.

exteriores y ajenos a la voluntad de las partes-. Ello dependerá, como ya veremos, de si el motivo de la finalización del Tratado emana o no del contenido del propio instrumento jurídico en cuestión.

### A. EL *IUS COGENS* ES UNA CAUSAL EXTRÍNSECA DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

Como avanzamos, las causas extrínsecas de terminación de los Tratados no dependen de la voluntad de las partes, sino de factores que provienen del propio Derecho Internacional general. Así, debemos puntualizar que la CVDT se ha centrado, fundamentalmente, en reglamentar tales causas de terminación en sus artículos 60, 62 y 64. Para una mayor precisión, debemos indicar que éstos abarcan las siguientes cuestiones: a) el mutuo consentimiento (abrogación expresa); b) la celebración de un Tratado posterior sobre la misma materia (abrogación tácita); c) la violación del Tratado; d) la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento; e) el cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic stantibus*); y, f) la aparición de una nueva norma imperativa.

En este orden de ideas, es necesario preguntarnos lo siguiente: ¿es esta una lista taxativa? La lectura del artículo 42.2 de la CVDT nos podría inducir a pensar que, en efecto, dicha enumeración es limitativa -y así parece que lo ha interpretado la CIJ en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1997)<sup>365</sup>-. No obstante, aunque la CVDT aspira a que su catálogo de motivos se considere exhaustivo, existen otros no detallados que son inherentes a la obligación misma o al sujeto encargado de cumplirla, como son, por ejemplo: (i) la completa ejecución de las obligaciones convenidas, (ii) la extinción o desaparición del sujeto parte; (iii) la existencia de un conflicto armado (que puede ser causa tanto de suspensión como de terminación); y (iv) la utilización de la terminación o suspensión como contramedida.

---

<sup>365</sup> La CIJ expuso en asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* lo siguiente: “47. (...) Thus the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties confines itself to defining -in a limitative manner- the conditions in which a treaty may lawfully be denounced or suspended; while the effects of a denunciation or suspension seen as not meeting those conditions are, on the contrary, expressly excluded from the scope of the Convention by operation of Article 73. It is moreover well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect (cf. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1950*, p. 228; and see Article 17 of the Draft Articles on State Responsibility provisionally adopted by the International Law Commission on first reading, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part 2, p. 32” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, p. 38, § 47.

Ello hace inviable la pretensión de la CVDT de circunscribir las causas extrínsecas únicamente a aquellas plasmadas en los referidos artículos 60, 62 y 64 de la CVDT. En suma, en el momento de evaluar y decidir la terminación de un Tratado, la jurisdicción en cuestión deberá determinar si hay referencia expresa o no en el texto a la causa que se alega y, en caso negativo, se deberá considerar si la terminación implícita del Tratado es consecuencia de la celebración de un Tratado posterior (artículo 59 de la CVDT).<sup>366</sup>

## **B. ¿PODRÍA SER CONSIDERADO EL *IUS COGENS* UNA CAUSAL INTRÍNSECA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS?**

Las causas intrínsecas de terminación de Tratados se refieren a los motivos por los que finaliza la relación como consecuencia de la decisión de las partes. Entre ellos, debemos mencionar los siguientes: a) el cumplimiento del plazo; b) el cumplimiento de la condición resolutoria; y, c) la denuncia. Así pues, un Tratado que posea un período específico de inicio y finalización, o un Tratado que ha cumplido con el objeto y fin por el cual fue suscrito, ha terminado.

Caracterizada *ut supra* la norma imperativa como una causal extrínseca, ¿podríamos también determinar que el *ius cogens* es un motivo intrínseco de conclusión de los Tratados? De conformidad con los artículos 54, 57 y 59.2 de la CVDT, la terminación de un Tratado -al igual que su suspensión- puede producirse por acuerdo de las partes. Ello, debido a su propia esencia, no ha sido debidamente reglamentado por la CVDT, excepto el apartado a) del artículo 54 de la CVDT, el cual dispone que la terminación puede tener lugar “conforme a las disposiciones del tratado” en cuestión. Pese a tal

---

<sup>366</sup> En palabras del Tribunal Constitucional de Bolivia, es posible afirmar lo siguiente: “En este entendido, el Convenio sobre restitución de automotores entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Bolivia que data de 1989, no prevé el tiempo de duración de dicho acuerdo ni, en el Acuerdo de Asunción sobre Restitución de Vehículos Automotores Terrestres y/o Embarcaciones que Trasponen Ilegalmente las Fronteras entre los Estados parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, aprobada y ratificada por Ley 2157 de 14 de diciembre de 2000, se hace referencia al primero, por lo que se tiene que acudir a las reglas internacionales que rigen los Tratados, para ello se ocurre en auxilio a la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que, en su Sección Tercera hace referencia a “La terminación de los Tratados y suspensión de su aplicación”, aclarando previamente que esto puede ocurrir por la propia disposición de los Tratados o, en cualquier momento por consentimiento de las partes y, como se observó líneas arriba, ambos acuerdos no hacen referencia a estos aspectos, por lo que en definitiva es de aplicación lo establecido en el artículo 59 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (...).” [Subrayado nuestro] Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0721/2006-R, Sucre, Expediente: 2005-12726-26-RAC, Distrito: Tarija, Magistrado Relator: Dr. Walter Raña Arana, III.5, 21 de julio de 2006.

afirmación, sería dudoso reconocer que las normas imperativas se erigen como causa intrínseca de terminación de Tratados, dado que sus disposiciones convencionales no producen efecto con respecto a terceros Estados -cuestión que evidentemente no aplica en el caso de *ius cogens* en la medida en que ningún Estado puede negarse a darlo por terminado y cumplir con las obligaciones que tal terminación conlleva.<sup>367</sup>

De lo anterior se deriva que hay unos límites *implícitos* (i) y otros de carácter *consuetudinario* (ii) relativos a la continuidad del Tratado que, aunque no se expresen, son disposiciones del mismo.

### **i. EL *IUS COGENS* COMO LÍMITE CONSUEUDINARIO DE LA CONTINUIDAD DEL TRATADO**

Exista o no un Estado que haya suscrito la CVDT o reconocido como imperativa una norma, el *ius cogens* posee una existencia autónoma e independiente que no requiere de su codificación en la CVDT para su exigibilidad y justiciabilidad, puesto que la costumbre internacional por sí sola otorga al *ius cogens superveniens* la preeminencia necesaria para que vincule a toda la comunidad internacional.<sup>368</sup> De la misma manera, debemos indicar que las causas de terminación de los Tratados se consideran costumbre internacional codificada por la propia CVDT.<sup>369</sup>

---

<sup>367</sup> Vid. CONFORTI, B. y LABELLA, A.: “Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts” en *EJIL*, Vol. 1, Núm. 1/2, 1990, p. 55; Vid. SINCLAIR, I., *op. cit.*, pp. 182-183; Vid. JANIS, M. W., *op. cit.*, p. 31.

<sup>368</sup> En el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, la CIJ indicó de manera específica lo siguiente: “178. There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence. This is so from the standpoint of their applicability. In a legal dispute affecting two States, one of them may argue that the applicability of a treaty rule to its own conduct depends on the other State's conduct in respect of the application of other rules, on other subjects, also included in the same treaty. (...) Rules which are identical in treaty law and in customary international law are also distinguishable by reference to the methods of interpretation and application. A State may accept a rule contained in a treaty not simply because it favors the application of the rule itself, but also because the treaty establishes what that State regards as desirable institutions or mechanisms to ensure implementation of the rule. Thus, if that rule parallels a rule of customary international law, two rules of the same content are subject to separate treatment as regards the organs competent to verify their implementation, depending on whether they are customary rules or treaty rules (...) 179. It will therefore be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content. (...)” [Subrayados nuestros] Cfr. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 14, pp. 84-85, §§ 178-179.

<sup>369</sup> La CIJ de manera clara ha expuesto lo siguiente: “46. The Court has no need to dwell upon the question of the applicability in the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. It needs only to be mindful of the fact that it has several times had occasion to hold that some of the rules lay down in that Convention might be considered as a codification of

Al hilo de lo anterior, debemos comprender que el *ius cogens* es una norma fundamental capaz de invalidar reglas no sólo consentidas por los Estados en Tratados, sino también aquellas erigidas bajo la figura de la costumbre internacional.<sup>370</sup> Junto a tales afirmaciones, debemos subrayar una vez más que el Estado no puede desconocer las normas imperativas aun cuando demuestre una negación expresa y constante a su surgimiento. De ahí que poco importe que el Estado haya o no consentido la formación de normas imperativas posteriores en la medida en que se imponen frente a cualquier interés particular.

Precisamente, una de las características más importantes del *ius cogens superveniens* es, como indicamos, su carácter dual -convencional y consuetudinario-, porque los Estados no pueden escapar de su carácter imperativo. Más importante todavía y contrario a lo que sucede con la costumbre internacional, a la CVDT le es indiferente si el Estado ha negado expresamente la imperatividad de tal norma que colisiona con el Tratado del que es parte. Existe, pues, una subjetividad plural debido a que el *ius cogens* representa al mismo tiempo un interés individual y, evidentemente, un interés de carácter colectivo.

## ii. EL IUS COGENS COMO LÍMITE IMPLÍCITO DE LA CONTINUIDAD DEL TRATADO

Los *límites implícitos* son las obligaciones inherentes que nacen de la suscripción de un Tratado, las cuales no necesitan ser expresadas para que puedan ser exigibles y justiciables. Ello se justifica, sin duda, ante la necesidad de proteger o preservar ciertos derechos que deben sobrepasar los formalismos del derecho positivo, sobre el cual se sostiene del Derecho de los Tratados.

Al hilo de la observación anterior, debemos destacar que la CVDT reconoce a los Estados la libertad de contratar, garantizando a las partes la posibilidad de pactar según las normas vigentes en el

---

existing customary law. The Court takes the view that in many respects this applies to the provisions of the Vienna Convention concerning the termination and the suspension of the operation of treaties, set forth in Articles 60 to 62.” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, 38, § 46; Vid. CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 16, p. 46-47, §98; Vid. CIJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Iceland)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1973, p. 3, p. 18; Vid. CIJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, p. 73, pp. 95-96.

<sup>370</sup> Vid. JANIS, Mark. W., *op. cit.*, pp. 53-54.



momento de la suscripción del Tratado en cuestión. Sin embargo, el referido instrumento normativo también obliga a éstas a que los acuerdos o sus actuaciones sean interpretados en concordancia con los intereses comunes e innegociables de la comunidad internacional. En definitiva, las partes se encuentran sometidas al *ius cogens*, el cual se erige como el marco legal y legítimo de sus actuaciones.

Si continuamos con este razonamiento, vemos que de no asumirse tal criterio, sería imposible hacer exigible y justiciable los derechos y obligaciones que se desprenden del *ius cogens*.<sup>371</sup> Así, por ejemplo, aunque en un Tratado se detallen de manera exclusiva las razones por las cuales puede ser enmendado o modificado, si alguna de sus disposiciones colisiona con una norma de *ius cogens*, las partes deberán adecuar el contenido del mismo a la referida regulación imperativa. Como dijimos anteriormente, ello ya ha sido reconocido implícitamente por la CIJ en la mencionada opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951) al afirmar que los principios humanitarios subyacentes a la Convención de 1948 son “(...) vinculantes para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional.”<sup>372</sup>

Más recientemente en la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004), la CIJ indicó que Israel está “(...) en primer lugar obligada a cumplir con las obligaciones internacionales violadas por la construcción del muro (...)”, entre las que resalta “(...) su obligación de cumplir con el respeto al derecho de la libre determinación del pueblo palestino y sus obligaciones con arreglo al *Derecho Internacional* humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos (...)”, así como también “(...) asegurar el libre acceso a los lugares sagrados que quedaron bajo su control luego de la guerra de 1967 (...)”<sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> Por favor diríjase a: Capítulo V, C, a) *Obligaciones de hacer y no hacer derivadas de la decisión de terminación: ¿de conducta o de resultado?*.

<sup>372</sup> Cfr.. CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Op. Cit., p. 23.

<sup>373</sup> La traducción es nuestra. Cfr. CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, p. 136, p. 197 § 149.

## II. LA ADECUACIÓN Y LA TERMINACIÓN DEL TRATADO COMO REACCIÓN DEL ESTADO AL SURGIMIENTO DE UNA NUEVA NORMA IMPERATIVA

Al hablar de las normas de *ius cogens* como causa de terminación de los Tratados, hay que reconocer que el artículo 64 de la CVDT permite, en un primer momento, la adecuación voluntaria de los mismos. No obstante, en el caso de que dicha adecuación no tenga lugar, se procederá a su terminación. Lo anterior queda confirmado por medio de los artículos 65 al 68 de la CVDT, los cuales indican que la terminación de los referidos instrumentos normativos -como consecuencia de la vulneración de una norma imperativa posterior- no opera de forma automática.<sup>374</sup>

Ello necesariamente nos lleva al artículo 65.1 de la CVDT, el cual explicita los términos y las condiciones que deben seguirse ante tales circunstancias. Tal disposición legal, la cual no es de aplicación automática,<sup>375</sup> se implementará sólo si la terminación se ha alegado por un determinado Estado. Concretamente, este procedimiento se iniciará con una notificación escrita, indicando que el Tratado está infringiendo una nueva norma de *ius cogens*.<sup>376</sup> Si en el plazo de doce meses contados a partir de esta notificación, las partes no han llegado a ninguna solución, el apartado a) del artículo 66 de la CVDT permitirá el sometimiento de la controversia a la CIJ para que juzgue el caso, salvo que las partes consensuen acudir al arbitraje.

Siendo así las cosas, queda claro que no existe automaticidad en la terminación de un Tratado, sino que ello sólo puede ser decidido a través de una sentencia judicial dictada por un tribunal competente.

---

<sup>374</sup> Si tomamos la redacción existente de los artículos 46 al 64 de la CVDT, nos podemos inclinar a pensar que cuando se afirma que un Tratado no tiene “ningún efecto” o que el mismo “es inaplicable” parecería que estuviéramos ante la hipótesis de que la terminación de un Tratado *contra iuris cogentis* opera automáticamente. Sin embargo, vemos que aplica sólo para las causas de hayan sido “alegadas” por los Estados, lo que sugiere que no puede existir inmediatez en la terminación. De conformidad a los artículos 65.1-67 de la CVDT.

<sup>375</sup> En efecto, la tesis de la automaticidad sólo es aceptada unánimemente en relación con la abrogación por un tácito consentimiento mutuo. De igual forma, la tesis de la no-automaticidad está en conexión con la violación de normas internas en la creación por error, fraude, corrupción, incumplimiento del Tratado por la otra parte, una imposibilidad subsiguiente de cumplimiento o un cambio fundamental en las circunstancias (artículos 61 y 62 de la CVDT), que sí son cuestiones generalmente aceptadas. Asimismo, la doctrina se divide en el tema de la conclusión del Tratado por una persona no autorizada (art. 8), coerción de los representantes del Estado, coerción del Estado y violación (o nacimiento posterior) de una norma *ius cogens*. Vid. CONFORTI, B. y LABELLA, A. *op. cit.*, p. 48.

<sup>376</sup> El procedimiento se realiza de conformidad a los artículos 65.1-67 de la CVDT. Si existe oposición de otros Estados, concluye o con una decisión no vinculante de la Comisión de Conciliación que concede el Anexo de la CVDT.

Además, hay que añadir que sólo el sujeto perjudicado, y no terceros ajenos al Tratado, pueden y deben expresamente invocar la nueva norma imperativa como causa de terminación del instrumento normativo en cuestión.

Parece entonces que, ante esta falta de automaticidad y claro condicionamiento del artículo 64 de la CVDT al reconocimiento y aplicación estatal para la efectiva operatividad de dicha disposición legal, el “(...) *ius cogens* debe ser tratado como existente únicamente en papel. De ahí que, de acuerdo a los escépticos, el *ius cogens* es un término utilizado únicamente para propósitos retóricos. Le falta toda referencia en el derecho positivo.”<sup>377</sup>

Pese a ello se hace menester aclarar que cualquier acto o actuación adoptado en contra de una norma imperativa, si bien no puede terminar automáticamente, su ejecución o aplicación, deberá ser inmediatamente detenida. Por tanto, aunque el Tratado no termine automáticamente, desde el mismo momento en que se infringe la norma imperativa, la referida disposición o actuación que le es contraria es *inejecutable*. A causa de esto, surge entonces una obligación automática de hacer inejecutable el Tratado que sea contrario a una norma imperativa. En otras palabras, siempre que haya terminación existe inejecución; pero, no siempre que existe inejecución, habrá terminación.

A modo de conclusión podemos afirmar, pues, que ante la falta de automaticidad del artículo 64 de la CVDT, las partes tienen la oportunidad de adecuar el Tratado y, si no quieren o pueden por falta de disposición o capacidad, el acto terminará. Hasta que se realice tal adecuación, como veremos a continuación, el Tratado deberá considerarse suspendido.

---

<sup>377</sup> La traducción es nuestra. El texto original indica lo siguiente: “[A]ccept the rules enshrined in the Vienna Convention concerning the effects of *jus cogens*, emphasizing, however, that in international law consensus has not (yet) been achieved on the normative content of that concept. They argue that for this reason *jus cogens* must be treated as existing merely on paper. Hence, according to the sceptics, *jus cogens* is a term used only for rhetorical purposes. It lacks all reference in positive law”. Cfr. LINDERFALK, U.: “The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?” en *EJIL*, Vol. 18, Núm. 5, 2008, pp. 855.

## 1. LA ADECUACIÓN DEL TRATADO COMO *PRIMA RATIO*

Como ya se ha dicho, la CVDT otorga la posibilidad a los Estados de adecuar, como *prima ratio*, las disposiciones de un Tratado en el caso de que violente el *ius cogens superveniens*, lo cual deberá ser realizado conforme a las disposiciones de los artículos 39 y 41 de la CVDT concernientes a las enmiendas y modificación de Tratados. En el caso de que no se produzcan los cambios pertinentes, se procederá a su terminación, como *ultima ratio*.

En efecto, sea por una razón común -mutuo consentimiento- o por una de carácter excepcional -*ius cogens superveniens* -, los Tratados necesitan ser *adecuados* a la imprevista situación que ha surgido por el reciente reconocimiento de estos nuevos principios y valores que los obligan a sujetarse a ellos.

A raíz de lo anterior, conviene recordar que los Tratados tienen como punto de partida el principio *pacta sunt servanda* en virtud del cual, exceptuando las cláusulas que imponen un término o una condición resolutoria, subyace la premisa fundamental de que los acuerdos deben ser fielmente cumplidos. Para ello, como no podía ser de otro modo, es necesario que los referidos instrumentos normativos sean adaptados a los requerimientos legales de la comunidad internacional, entre los que se encuentra la figura del *ius cogens*.

### A. LAS TÉCNICAS DE ADECUACIÓN DEL TRATADO

La adecuación de un Tratado conlleva necesariamente tomar en consideración los intereses de las partes involucradas. Con ello se pretende evitar la posibilidad de atentar contra la estabilidad de las relaciones que los miembros que componen la comunidad internacional mantienen entre sí. En definitiva, la utilización de las técnicas de adecuación garantiza el cumplimiento del principio de legalidad, el cual otorga un orden mínimo necesario para que las relaciones entre los distintos actores que forman parte de la comunidad internacional se desarrollen dentro de un ambiente de certidumbre “institucional”.

Esta *adecuación*, a diferencia de lo que sucede con la *terminación*, deberá llevarse a cabo por medio de una negociación que procure la modificación de la disposición que viola la norma de *ius cogens*

o por medio de la “aceptación voluntaria”, una vez se haya hecho la recomendación pertinente. En este último caso, la AGNU tiene la posibilidad de recomendar que un Tratado se adecúe sobre la base del artículo 14 de la Carta ONU, tal y como desarrollaremos más adelante. Sea como fuere, hay que subrayar que la adecuación de un Tratado puede realizarse a través de (i) acuerdos sucesivos; (ii) enmiendas; o, (iii) por medio de la modificación del instrumento.

#### **i. LA ADECUACIÓN DEL TRATADO REALIZADA A TRAVÉS DE TRATADOS SUCESIVOS: EFECTOS *INTER SE***

El artículo 30 de la CVDT establece que, sin perjuicio de la prevalencia que posee la Carta ONU con respecto a otros Tratados de conformidad con el artículo 103 de la CVDT, un acuerdo puede especificar su subordinación a otro anterior o posterior. Junto a lo anterior, cabe establecer una distinción entre Tratados sucesivos que se hayan celebrado sobre una misma materia y que, a su vez, sean concluidos entre las mismas partes, de aquellos otros que sean concluidos entre diferentes partes.

En relación con la observación anterior, debemos traer a colación los artículos 30.2 y 30.3 de la CVDT, en la medida que estipulan que la celebración de Tratados sucesivos -en los que existirá identidad de partes y objeto-, no traerá mayores inconvenientes. Sin embargo, en caso de variar la identidad de los sujetos involucrados en la celebración de estos nuevos acuerdos, los efectos de su celebración podrían conllevar consecuencias distintas. A este respecto, debemos indicar que las referidas disposiciones legales recogen dos principios básicos, a saber: el principio de autonomía de la voluntad y el principio *lex posterior derogat legi priori*.

Con respecto al primero, debemos indicar que son las partes las que deciden qué Tratado, el anterior o el posterior, será el vinculante. De cualquier manera, hay que subrayar que, excepcionalmente, el Tratado anterior se aplicará siempre que sea compatible con el Tratado posterior. Por lo tanto, se descarta el principio *lex posterior derogat legi priori*.<sup>378</sup> Ésta última premisa no es la que gobierna la relación entre los Estados frente a un Tratado, sino la voluntad de las partes.

---

<sup>378</sup> Vid. AUST, A. (2007): *Modern Treaty Law and Practice*, Second Ed., Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, pp. 248-249.

De cualquier forma, hay que reconocer que la participación/interés de los Estados ante la existencia de distintos acuerdos puede variar. En dicha situación, si no hay derogación del Tratado anterior, las relaciones se estructuran de la siguiente manera: (i) si nos referimos a Estados que son partes de dos Tratados, el nuevo es el que los regula, sin perjuicio de que el primero pueda vincularlos en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el nuevo; (ii) en el caso de que un Estado sea parte de dos acuerdos frente a otro que sólo lo sea del primero, las relaciones estarán lógicamente regidas por el primer Tratado.

Así pues, centrándonos en el objeto del presente trabajo de investigación, cuando el *ius cogens superveniens* se oponga a la disposición de un primer Tratado que dio origen a otro, las disposiciones del posterior prevalecen siempre que no dependan del anterior o tengan como objeto y fin el Tratado anterior ya que, *a fortiori*, las disposiciones del primero quedarían terminadas.

Siendo así las cosas, puede apreciarse cierto grado de complejidad cuando un Tratado posterior es firmado una vez ha nacido una nueva norma de *ius cogens* que no sólo termina algunas disposiciones del Tratado anterior, sino que finaliza el Tratado originario en su integridad. Frente a esto, dos escenarios pueden presentarse: el primero, es que este segundo Tratado puede subsistir sin el primero. Se deberá realizar el *control de convencionalidad* frente a la nueva norma imperativa, a cada uno de los Tratados. Para hacerlo más interesante, imaginemos como segundo escenario, que el segundo Tratado depende en su totalidad del primero, de tal manera que el segundo no tendría sentido ni podría subsistir sin la existencia del primero. En este caso, consideramos que ambos Tratados deben manejarse o gestionarse su adecuación de forma conjunta.

En consecuencia, ambos deberían entenderse terminados por el nacimiento del *ius cogens superveniens*. Como hemos dicho, al ser el *ius cogens* una norma imperativa de Derecho Internacional, el nacimiento de ésta posee un carácter excepcional que extiende sus efectos a ambos Tratados. Es por ello que, desde nuestro punto de vista, se aplicaría el numeral b) del artículo 59 CVDT, toda vez que las disposiciones del Tratado posterior son incompatibles con las del anterior, no pudiéndose aplicar ambos simultáneamente.

## ii. LA ADECUACIÓN DEL TRATADO REALIZADA A TRAVÉS DE SU ENMIENDA: EFECTOS GENERALES

El artículo 40 de la CVDT establece otra forma en la que el Derecho Internacional permite reformar una o más disposiciones de un Tratado de manera voluntaria. Concretamente, la mencionada disposición legal se refiere a la figura de la enmienda. Los efectos de ésta se expanden a todos los Estados que sean parte del acuerdo por lo que, una vez que aquél es enmendado, los efectos de la reforma alcanzarán a todas las partes, independientemente de si han manifestado o no su consentimiento en obligarse por la enmienda en cuestión.

Como resultado de lo anterior, el principio general en el Derecho de los Tratados es que las partes que en su día suscribieron el Tratado, tienen derecho a participar en las negociaciones relativas a la enmienda, a modificarlo conforme a las disposiciones del Tratado original<sup>379</sup> y, en consecuencia, tienen derecho a ser parte del Tratado enmendado que se ha ocupado de adecuarse a la nueva norma imperativa. Esta última facultad le asiste también a todo Estado que sea parte del Tratado original, sea en razón de haber intervenido en su negociación o sea en razón de haber sido invitado a adherirse a aquél.<sup>380</sup> En este sentido, en el asunto *Free Zones Case (1932)* de la CPJI, se recogió tal criterio cuando se afirmó que “en cualquier caso, el artículo 435 del Tratado de Versalles no obliga a Suiza, quien no es parte de dicho Tratado, excepto hasta el grado que dicho lo haya aceptado (...)”<sup>381</sup>.

En definitiva, la enmienda rige las relaciones de aquellos Estados que la han ratificado y, puesto que el segundo Tratado produce un efecto extintivo de la disposición que violenta la norma de *ius cogens* en cuestión, se crea una situación singular. En cualquier caso, salvo que la enmienda sea ratificada por todos los Estados partes en el primer Tratado, la coexistencia de dos Tratados necesariamente conexos, con distintos Estados partes en él, lleva a los siguientes escenarios: a) las relaciones recíprocas de los

---

<sup>379</sup> Conviene destacar que la CVDT no se refiere a la forma que se debe seguir para este tipo de reforma. Por tanto, se puede presumir que, al menos, debe exigir que el nuevo acuerdo tuviera la misma naturaleza que el primero pero, el silencio existente en la CVDT sobre ello, debe interpretarse en el sentido tradicional de la libertad de formas.

<sup>380</sup> Vid. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ-POSSE (1990): *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Zavalia: Argentina pp. 126-127.

<sup>381</sup> Vid. CPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, Series A/B Núm. 46, 1932, p. 141.

Estados parte que hayan suscrito la enmienda, estarán regidas exclusivamente por los términos y condiciones plasmados en el segundo acuerdo (vale resaltar que este segundo acuerdo producirá sobre el primero únicamente un efecto extintivo parcial); b) si los Estados parte no han ratificado la enmienda, el segundo acuerdo será para ellos *res inter alias acta* en la medida en que sus relaciones estarán regidas únicamente por el primer acuerdo, puesto que es el único que les es común.

Situación contraria se da cuando uno o varios Estados deciden no ratificar la enmienda. En efecto, si bien la CVDT le otorga el derecho a todos aquellos Estados que han decidido aceptar la adecuación del Tratado para formar parte del nuevo texto enmendado, también existe el derecho a no ser parte de la enmienda. Así las cosas, si una de las parte ha decidido no ser parte de la enmienda que ha procurado adecuar el Tratado a la nueva norma imperativa, la disposición no enmendada se considerará terminada para ese Estado. Aquí entoces no puede afirmarse que aplica el criterio de que la enmienda no obligará a ningún Estado que no la haya suscrito (artículo 40.4 de la CVDT) y “los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes” (artículo 30.4, b de la CVDT).

Por igual, el Estado que llegue a ser parte del Tratado con posterioridad a la entrada en vigor de la enmienda, salvo que manifieste una intención diferente, se verá afectado no sólo por dicha enmienda, sino también por el Tratado no enmendado en relación con los demás Estados que no se hayan obligado por la misma. La nueva norma imperativa regulará entonces ambos Tratados.

### **iii. LA ADECUACIÓN DEL TRATADO REALIZADA A TRAVÉS DE SU MODIFICACIÓN: EFECTOS *INTER SE***

A diferencia de lo que sucedía en los casos anteriores, el término “modificación”, contenido en el artículo 41 de la CVDT, implica una reforma del Tratado pero sus efectos serán vinculantes *inter se*, es decir, sólo para los Estados que han decidido que en sus relaciones recíprocas el Tratado multilateral o alguna de sus disposiciones se aplicarán de manera distinta.<sup>382</sup> En efecto, la CDI destacó la diferencia esencial existente entre los acuerdos de enmienda, forjados para modificar Tratados entre todas las partes (aun cuando la enmienda no entre luego en vigor para todas ellas) y los acuerdos *inter se*, concebidos *ab*

---

<sup>382</sup> Vid. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ-POSSÉ, *op. cit.*, p. 127.



*initio* para modificar la aplicación del Tratado en las relaciones entre ciertas partes.<sup>383</sup>

Resulta aquí conveniente resaltar que el referido artículo 41 de la CVDT no hace referencia alguna al principio de integridad de las obligaciones establecido en el artículo 44 del mencionado instrumento jurídico. Así pues, el riesgo de que dicha integridad quede amenazada por acuerdos parciales es factible por lo, que a diferencia de lo que sucede con las enmiendas, la CVDT ha dado un especial tratamiento a la figura de la *modificación* de los Tratados, estableciendo un régimen expreso y riguroso ante el riesgo de que puedan realizarse modificaciones abusivas que infrinjan el *objeto y fin* del Tratado mismo o, incluso, violentar una nueva norma imperativa. Es por ello que, si el resultado final es la conclusión de un acuerdo modificativo entre un determinado grupo de Estados, la situación será semejante al caso anterior: el efecto extintivo sobre el primer Tratado será parcial.

En cuanto a la forma que siguen estos acuerdos, el referido artículo 41 de la CVDT establece las condiciones en las que válidamente será posible realizar dicha modificación. Consecuentemente, sólo puede ser válida una modificación *inter se* siempre que: a) la modificación esté prevista y no prohibida en el Tratado (como sabemos, la naturaleza de algunos impide, de manera expresa, cualquier tipo de modificación o reserva al texto del mismo; así sucede con el Estatuto de Roma, la CADH y la CEDH) o no suponga una violación de una norma imperativa pre existente; b) el acuerdo celebrado no puede afectar a los derechos y a las obligaciones existentes de los demás Estados parte del Tratado y, como consecuencia lógica, la modificación no debe afectar tampoco a terceros ajenos al mismo; c) la modificación no ha de referirse a ninguna disposición esencial para el cumplimiento del objeto y del fin del Tratado en su conjunto; y, por último, d) también es necesario que los Estados que quieran concluir un acuerdo *inter se* notifiquen su intención a los demás y luego, informen convenientemente acerca del contenido de la modificación realizada.

Por lo tanto, los Estados que pretendan realizar una modificación al Tratado, deberán realizarla en consonancia con la nueva norma imperativa que ha provocado su adecuación, pero lógicamente también deberá ser acorde con las normas imperativas preexistentes. Así pues, no podrá ser modificado un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT, si tal modificación genera una violación a una norma de *ius cogens*

---

<sup>383</sup> Vid. CDI, vigésima primera sesión, Suplemento Núm. 9, UN Doc. A/6309/Rev. 1, pp. 65-68.

que ya existe. De realizarse tal modificación en estos términos, se estarían violentando las disposiciones del artículo 53 de la CVDT y, por ende, tal modificación deberá ser declarada nula.

#### **a. LAS RESERVAS Y DECLARACIONES COMO HERRAMIENTAS DISFRAZADAS DE MODIFICACIÓN DE TRATADOS**

Como ya hemos comentado, los Estados violentan el *ius cogens* no solamente insertando cláusulas explícitas en los Tratados, sino también -y predominantemente- agregando disposiciones que, de manera implícita, infrigen o pudieran infringir una norma imperativa. Entre las herramientas utilizadas, debemos mencionar las reservas y las declaraciones.

Siendo así las cosas, ¿cómo evitar que los Estados utilicen dichas figuras jurídicas para vulnerar normas imperativas? Para dar respuesta a este interrogante, debemos analizar la CVDT conforme a la cual se impone el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del Tratado como el “único límite a la omnimoda libertad de los Estados para formular reservas.”<sup>384</sup>

De ello, se derivan dos supuestos primordiales, a saber: a) la compatibilidad con el objeto y fin del Tratado, en virtud del cual toda reserva o declaración a un Tratado puede realizarse, siempre que esté expresamente permitida por él o no esté expresamente prohibida (artículos 19 a y b de la CVDT);<sup>385</sup> y b) la incompatibilidad con el *objeto y fin* del Tratado, lo cual implica que existe un expreso consenso e intención de las partes de realizar una reserva o declaración que contraría el *objeto y fin* del Tratado (artículo 19, c de la CVDT)<sup>386</sup>, dentro de lo cual podríamos incluir la necesidad de respetar el *ius cogens superveniens* como *límite implícito* a todo Tratado.<sup>387</sup>

---

<sup>384</sup> Cfr. LÓPEZ, J. (1991): *Las reservas a los Tratados internacionales (Un examen a la práctica española)*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, pp. 40-42.

<sup>385</sup> En el primero de los casos -lo estipulado en el Tratado-, la prohibición es absoluta o concluyente, es decir, no procede el beneficio de cumplimiento alternativo; pero en el segundo supuesto la prohibición es relativa o condicional, ya que el juicio sobre la incompatibilidad de la reserva corresponde a los demás Estados parte en el tratado. Vid. REY CARO, E. (1977): *Las Reservas en la Convención de Viena de 1960 sobre Derecho de los Tratados*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, p. 68.

<sup>386</sup> Vid. JOKL, M. (1936,): *De L'Interprétation des Traités Normatifs. D'Après la Doctrine et la Jurisprudence Internationales.*, Editions A. Pedone, Bourdeaux, pp. 1-2; Vid.. MASQUELIN, J. (1980): *Le Droit des Traités dans l'Ordre Juridique et dans la Pratique Diplomatique Belges*, Etablissements Emile Bruylant, Brussels, p. 50.

<sup>387</sup> Por favor diríjase a: Capítulo III, I, 2, B, (ii) *El Ius Cogens como Límite Implícito*.

Siendo así las cosas, ¿es necesario para una norma imperativa distinguir si la expresión de voluntad que se realiza es una reserva o una declaración? Y, ante dicha incógnita, cabe plantearse lo siguiente: ¿cómo distinguir una reserva de una declaración? Con ocasión a estas preguntas, lo importante es considerar si tal reserva o tal declaración violenta una norma imperativa. De hacerlo, el artículo 53 y 64 de la CVDT claramente indican la sanción que deberá aplicarse.<sup>388</sup>

#### **i. LAS RESERVAS REALIZADAS POR ESTADOS PARTE**

La reserva confiere a su autor la posibilidad de insertar, en cualquier momento de la celebración de un Tratado, disposiciones que permitan interpretar o aplicarlo según sus propias consideraciones. Por lo tanto, es posible, ante una discrecionalidad tan amplia y teóricamente ilimitada, que a través de una reserva se viole el espíritu y los principios de un acuerdo.<sup>389</sup> Como vemos, la formulación de una reserva no es un derecho, sino una libertad que es directamente proporcional al derecho que tienen otros Estados de aceptar u objetarla.

Así pues, pese a que la libertad de formular reservas es propia de las obligaciones puramente convencionales, ello lógicamente no es aplicable a las obligaciones de carácter general emanadas de una norma imperativa o de la costumbre internacional. Por ello, cuando se pretende hacer expresa reserva a una norma de *ius cogens* o a una norma consuetudinaria plasmada en un Tratado, se debe afirmar que ésta es, *per se*, incompatible con el objeto y fin del Tratado, pues “quien formula una reserva semejante está impugnando la existencia o el contenido de la pretendida norma consuetudinaria (...)”<sup>390</sup>. Como resultado de lo anterior, parte de la doctrina diferencia lo que es la validez de la reserva con la validez de su

---

<sup>388</sup> Para aclarar, vemos que toda declaración, siempre que modifique o excluya los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un Tratado y afecte derechos, será considerada como una reserva. En sentido contrario, las meras aclaraciones de un Estado no serán reservas, sino simples declaraciones. *Vid.* CDI, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10), pp. 195-210; CDI, sesión 58, art. 2, p. 343.

<sup>389</sup> *Vid.* KAPPELER, D. (1958): *Les réserves dans Les Traités Internationaux*, Verlag für Recht und Gesellschaft, S.A., Bale, p. 84; *Vid.* REUTER, P. (1989): *Introduction to the Law of Treaties*, Pinter Publishers, United Kingdom, p. 60.

<sup>390</sup> *Cfr.* REMIRO BROTONS, A. (1987): *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Ed. Tecnos, Madrid, p. 221.

contenido.<sup>391</sup> Así, pues, cuando se realizan reservas a disposiciones de un Tratado que codifican una norma imperativa, éstas nunca serán compatibles con su objeto y fin.

Como hemos resaltado, la naturaleza tridimensional del *ius cogens* -no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación-<sup>392</sup>, implica que deben aplicarse en iguales condiciones a todos los miembros de la comunidad internacional, no pudiendo quedar subordinada la aplicación de tales reglas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente por cualquier Estado a través de una reserva.<sup>393</sup> Siendo así las cosas, conviene destacar que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* afectará a los Tratados preexistentes que no sean compatibles con ella por no ser ya posible cumplirlos; pero no se invalidará su ejecución en el pasado.<sup>394</sup>

## ii. LAS RESERVAS REALIZADAS POR TERCEROS ESTADOS

Hay Estados que, si bien no son partes de un determinado Tratado, tienen ciertos privilegios por haber participado en la fase de discusión y negociación del mismo, por ser signatarios originales o por haber sido invitados a adherirse a él previo a su entrada en vigor. En razón a este inicial involucramiento, nada impide que tales Estados puedan objetar las reservas presentadas por otros que se hayan querido adherir después. Aquéllos, aunque no tienen un “derecho”, puesto que no están sujetos a las obligaciones consignadas en él, sin duda podrán influir con sus observaciones cuando una determinada reserva sea realizada.

A raíz de la observación anterior, es preciso recalcar que errado sería el criterio en virtud del cual se estableciese que un sujeto tiene la posibilidad de gozar de derechos si no asume ningún tipo de obligación. Esta misma idea, de algún modo, se vio reflejada en la ya mencionada opinión consultiva

---

<sup>391</sup> Vid. TEBOUL, Gérard, *op. cit.*, p. 693, 699.

<sup>392</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, II, 2.A *La naturaleza tridimensional del ius cogens: no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación.*

<sup>393</sup> Vid. CIJ, *Armed Activities On The Territory Of The Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, Dissenting Opinion Of Judge Koroma, § 14; Vid. CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3, p. 39; Vid. TEBOUL, G., *op.cit.*, p. 44.

<sup>394</sup> Vid. CDI, Vol. I, session 683, 20 de mayo de 1963, § 76; CDI, Vol. I, session 717, § 20. Cit. GÓMEZ ROBLEDO, A., *op. cit.*, p. 35.

*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951)*. Para contextualizar la duda que motivó a que la AGNU solicitara a la CIJ su opinión. Varios de los Estados signatarios y otros que se adhirieron con posterioridad, formularon reservas -al firmar o adherirse, respectivamente- al citado instrumento que, a su vez, fueron objetadas por otros Estados. Esta situación generó la duda de cuáles Estados podían considerarse partes de la Convención en cuestión. Siendo así las cosas, a la CIJ se le consultó, en primer lugar, si el Estado reservante era parte de la Convención por el solo hecho de haber formulado la reserva y que si Estados que sí eran parte del referido instrumento, se hubieran referido a tal reserva -ya sea admitiéndola a negándose a hacerlo-.<sup>395</sup> La CIJ, por el voto de la mayoría, contestó la pregunta en sentido afirmativo, reconociéndosele a estos Estados que habían firmado o se habían adherido al referido documento, que eran parte del mismo, pero sólo en relación con aquellos países que estuvieron presentes en la etapa inicial de su elaboración.<sup>396</sup>

A modo de conclusión vemos entonces que en caso de existir un Tratado multilateral que violente una nueva norma imperativa, toda adecuación que a él se le realice podría estar sometida a que se le formulen reservas o declaraciones de Estados que no son parte del mismo, pero que estuvieron en la etapa inicial de preparación de dicho instrumento. Vale resaltar además que, sí bien estos terceros podrían formular reservas en estos Tratados que ha debido ser modificados por el surgimiento de una nueva norma imperativa, desde el mismo momento en que lo hagan, contraerán obligaciones con respecto a dicho Tratado. Todo esto resulta entonces en que, aquellos que eran terceros en un Tratado pero han decidido formular reservas -y ciertos Estados aceptarlas u objetarlas- pasan de ser simples terceros, a ser Estados parte del referido instrumento y, por tanto, sujeto a los derechos y obligaciones emanadas de él.

---

<sup>395</sup> La cuestión relativa a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue presentada a la CIJ en los siguientes términos: “En lo referente a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y en el caso de un Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella formulando reservas en el momento de la ratificación o de la adhesión, o en el de la firma seguida de ratificación: “I. ¿Se puede considerar a tal Estado como parte en la Convención aunque mantenga su reserva si una o más partes en la Convención, pero no otras, formulan objeciones a tal reserva? II. Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, ¿cuál es el efecto de la reserva entre el Estado que la hace y a) las partes que formulan objeciones a la reserva o b) las partes que la aceptan? III. En relación con la respuesta a la pregunta I, ¿cuál sería el efecto Jurídico si la objeción a una reserva la formula: a) un signatario que no ha ratificado aún la Convención o b) un Estado autorizado a firmarla o adherirse a ella, pero que todavía no lo ha hecho?” Traducción nuestra. Cfr. CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 16

<sup>396</sup> *Ibid*, pp. 26 et seq.

## 2. LA TERMINACIÓN DEL TRATADO COMO *ULTIMA RATIO*: LOS PRINCIPIOS GENERALES DE TERMINACIÓN APLICABLES AL ARTÍCULO 64 CVDT

Sabemos que no todos los Estados tienen la disposición o son capaces de adecuar los Tratados a una nueva norma en cuya formación, posiblemente, no han intervenido o a cuyo nacimiento, quizá, se han opuesto.<sup>397</sup> A diferencia de la adecuación, donde la voluntad soberana de los involucrados es la condición primigenia y esencial para adaptarlo conforme a la nueva norma de *ius cogens* que ahora le es contraria, la terminación es la sanción obligada que surge ante la actitud negligente de los Estados envueltos, consistente en no subsanar la situación anterior.

Siendo más específicos, debemos indicar que el principio de *ultima ratio*, podemos afirmar que la obligación que nace del artículo 64 de la CVDT se debe contemplar como expresión del principio de estricta necesidad o última intervención de la comunidad internacional a los intereses del Estado, por lo que, esto se constituye como un límite esencial del poder punitivo que ostenta el Derecho Internacional. Así pues, la terminación de los Tratados sólo se configura en el caso de que se produzca una violación grave del Derecho Internacional: en dicha categoría se encuentra, evidentemente, la vulneración de normas imperativas.<sup>398</sup> Resultado de esto, la terminación de los Tratados es el último instrumento al que la comunidad internacional debe recurrir a la hora de tutelar determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas.

Efectivamente, queda claro que la terminación autorizada por el artículo 64 de la CVDT es una respuesta final que debe implementarse cuando la política preventiva de adecuar el Tratado no ha sido

---

<sup>397</sup> Aquí volvemos a aclarar que para el *ius cogens*, la objeción por parte del Estado es indiferente, contrario a lo que sucede con las normas consuetudinarias: de haber existido una objeción persistente a esta última, la costumbre no le aplicará. La norma imperativa, en cambio, es de obligatorio cumplimiento, se haya o no opuesto a la misma desde su formación.

<sup>398</sup> En el Derecho de Tratados y, específicamente, en la terminación de un Tratado por violación a una norma imperativa, vemos que el artículo 64 de la CVDT sólo legitima la terminación de un acto u actuación cuando se advierte la violación de una norma imperativa. Efectivamente, así lo reconoce el artículo 19 del Proyecto de la CDI de 1996 cuando diferencia entre crímenes y delitos de carácter internacional en la medida en que la violación de los primeros supone la violación de obligaciones que representan intereses fundamentales para la comunidad internacional. En cualquier caso, el Proyecto CDI del año 2001 sustituye la anterior clasificación dual y recoge en su artículo 40 la figura de “violencia grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho Internacional general”.

acatada. Es, por lo tanto, en última instancia, cuando interviene el Derecho Internacional, declarando la nulidad *ex nunc* del Tratado cuando la norma de *ius cogens* ha nacido *ex post* al mismo y las partes no han decidido adecuarlo conforme a los métodos que ya hemos detallado. Así pues, el principio general en materia de *ius cogens superveniens* es que, si no se adecúa el acto o la actuación como *prima ratio*, el mismo debe ser terminado como *ultima ratio*.

Aclarada la singular naturaleza de la terminación de los Tratados que establece el artículo 64 de la CVDT, es necesario desarrollar otras disposiciones legales que nos provee la CVDT en materia de terminación. Así pues, los artículos 42, 43, 44 y 45 de la CVDT enuncian una serie de principios generales aplicables a los casos de nulidad, terminación o suspensión de los Tratados que deben ser tomados en consideración cuando la referida terminación tenga lugar a consecuencia del nacimiento de una nueva norma imperativa.

En lo referente al artículo 42 de la CVDT, dicha disposición legal nos permite impugnar la validez de un Tratado multilateral que violente una norma imperativa, o impugnar el consentimiento inadvertido - *e.g.* por un error excusable-. Considerando estos escenarios donde no existe una intención de violentar la norma imperativa, el artículo 64 de la CVDT reconoce, a *prima facie*, la validez al Tratado y, en consecuencia, la vigencia de las demás disposiciones. Esta premisa cambia cuando, pese a la oportunidad que se le otorga de adecuar las disposiciones contrarias a la nueva norma, esto no se realiza.

Asimismo, el artículo 43 retoma el principio establecido en el artículo 38 de la CVDT en relación con aquellas normas que son obligatorias para terceros Estados en virtud de la regulación consuetudinaria. La aplicación general de este criterio consiste en que si un Tratado es declarado nulo, terminado o se suspendido, no afectará a los Estados que hayan sido parte de aquel Tratado, puesto que sus disposiciones también son obligaciones internacionales independientes del referido instrumento, en virtud de lo dispuesto por el Derecho Internacional. En efecto, los terceros Estados están sometidos a múltiples obligaciones *erga omnes* derivadas de la naturaleza del *ius cogens*, sin que se requiera un Tratado que así lo reconozca.<sup>399</sup>

---

<sup>399</sup> *Infra*, Capítulo V, II, C, a.i, 1. *Delimitación de las obligaciones de hacer y no hacer cuando se ordena la terminación del Tratado contrario al ius cogens.*

De igual forma, el artículo 44 de la CVDT, en clara consonancia con el artículo 17 de la CVDT, dispone como premisa general que solo es posible denunciar un Tratado, retirarse de él o suspenderlo, si se realiza con respecto a su totalidad. De hecho, de manera expresa el artículo 44.5 del la CVDT impide que, cuando exista un Tratado que contravenga una norma imperativa preexistente, sea posible hablar de divisibilidad. En este contexto, el Tratado deberá ser declarado nulo en su totalidad conforme al artículo 53 de la CVDT.<sup>400</sup>

Sin embargo, el referido artículo 44 de la CVDT establece expresamente sus excepciones para permitir que los Estados expresen su consentimiento en obligarse respecto de alguna o algunas de las cláusulas del Tratado -y no de éste en su integridad-: una de ellas es cuando el Tratado así lo permite o si las demás partes contratantes así lo consienten. Esto último es importante entenderlo, puesto que en virtud del artículo 64 de la CVDT, dicho criterio no es la excepción, sino el principio general.

Finalmente, el artículo 45 de la CVDT establece la pérdida del derecho a alegar una causa para anular un Tratado, darlo por terminado retirarse de él o suspender su aplicación, siempre que el Estado, después de haber tenido conocimiento de los hechos en que podía fundar su reclamación, ha convenido expresamente que el Tratado en cuestión es válido o se ha comportado de tal manera que ha dado su aquiescencia a la validez del mismo, a que continúe su vigencia o, en su caso, su aplicación.<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> En los casos de terminación o nulidad de los Tratados, cuando la causa invocada se refiere a determinadas cláusulas del mismo, “(...) podrá alegarse la nulidad o terminación de dichas cláusulas y no de la totalidad del Tratado si: (i) éstas son separables del resto en lo que respecta a su aplicación; b) no han sido la base esencial del consentimiento en obligarse prestado por la otra o las otras partes, y c) la continuación del cumplimiento del resto del Tratado no es injusta. Sin embargo, en caso de invocarse la nulidad fundada en coacción o en violación de una norma imperativa de derecho internacional general no se admitirá la división de las disposiciones del Tratado.” *Cfr.* MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ-POSSÉ, *op. cit.*, p. 129.

<sup>401</sup> Dicha aquiescencia puede reflejarse a través de su *comportamiento, de declaraciones, etcétera*. Esto, que es denominado principio del *estoppel* en el Derecho Internacional, requiere la conjunción de dos elementos: por una parte, una conducta o una actitud de un Estado que incite a la otra parte a adoptar cierta posición o, al menos, a hacerse una determinada representación de la situación; y, por la otra, la existencia de un perjuicio para la parte que ha confiado en el otro Estado. *Vid.* CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 26: *Vid.* CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United State of America)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment, 1984, pp. 392 *et seq*; *Vid.* CPJI, *The Payment Of Various Serbian Loans Issued In France*, Judgment, Serie A, Núm. 20, 1929, pp. 37-39; *Vid.* CIJ, *Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand)*, Merits, 1962, pp. 27-33.



Como resultado de lo anterior, en materia de normas de *ius cogens*, independientemente de que exista o no consentimiento en mantener la vigencia de un Tratado que violenta una nueva norma imperativa y, al margen de que haya o no tenido conocimiento del surgimiento de esta, no hay excusa por parte de los Estados para no cumplir con la obligación de adecuarlo. Aquí, vale aclarar, que la falta de intención en violentar la norma imperativa o su desconocimiento en el surgimiento de esta, no eximirá de su obligación de adecuar, o en su defecto, de terminar con el referido instrumento internacional; ni lo eximirá de su responsabilidad en caso de incumplir con tal obligación.

Además de estos principios, los artículos 65 y 66 de la CVDT establecen que toda controversia sobre la aplicación o interpretación de los artículos 53 ó 64 de la CVDT puede ser sometida por cualquiera de las partes a la decisión de la CIJ, a menos que convengan someterla a arbitraje. Entre las referidas controversias, está la terminación de un Tratado por violación del *ius cogens superveniens*, conforme a los artículos 64, 65, 66, 67 y 68 de la CVDT<sup>402</sup>, además de su anexo a la CVDT.

---

<sup>402</sup> Dichos textos indican lo siguiente: “**Art. 65.-** Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. 1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde. 2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto. 3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación; **Art. 66.-** Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación. Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje; b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de cualquiera de los restantes artículos de la parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la Convención presentando al Secretario general de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto; **Art. 67.-** Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación. 1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito. 2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65, se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes. 68. Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67. Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto”.

Básicamente la referida regulación dispone que la parte que alegue la terminación de un Tratado, así como la nulidad o suspensión, deberá notificar por escrito a las demás partes su pretensión, señalando la medida que propone adoptar respecto del Tratado y las razones en que ésta se funda. Si dentro del período de tres meses contados a partir de la notificación ninguna parte fórmula objeciones, la que haya hecho la notificación podrá adoptar la medida que haya propuesto, haciendo constar que todo acto que realice será comunicado a las demás partes. Sea como fuere, pese al detalle que ofrece la CVDT en sus múltiples disposiciones sobre las cuestiones que están siendo ahora tratadas, veremos que la operatividad de las mismas se encuentra gravemente condicionada.

#### **A. EL “FRACCIONAMIENTO” DEL TRATADO AL APLICAR EL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT: PRINCIPIO DE DIVISIBILIDAD**

A raíz de la lectura del mencionado artículo 44.3<sup>403</sup> de la CVDT, se puede apreciar que dicho instrumento normativo opta por sancionar con una declaración de nulidad absoluta todo Tratado contrario a una norma imperativa preexistente, en la medida en que se entiende que los Estados que lo han suscrito han desafiado, con premeditación y conciencia, el orden público internacional.

Sin embargo, el artículo 64 de la CVDT ha optado por una solución distinta. En efecto, de su contenido se desprende la idea contraria, consistente fundamentalmente en abogar por la divisibilidad de los acuerdos. Así pues, ¿por qué se justifica una solución diferente en el caso del último precepto legal citado? Básicamente se presume que las partes han obrado de buena fe, puesto que, lógicamente, no han podido prever el nacimiento de una nueva norma de *ius cogens*. Como consecuencia de esta buena fe, se impone en este contexto, como solución más justa, el principio de divisibilidad del Tratado, conforme al cual será posible aplicar cláusulas que sí sean válidas.<sup>404</sup> Existe, pues, una presunción de indivisibilidad

---

<sup>403</sup> El artículo 44 de la CVDT indica lo siguiente: “Art. 44. Divisibilidad de las disposiciones de un tratado.- (...) 3. Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas, no podrá alegarse sino con respecto a esas cláusulas cuando: a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación; b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta. (...) 5. En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”.

<sup>404</sup> Vid. DIACONU, I., *op. cit.*, p. 128; Vid. CDI, UN. Doc. A/CONF. 39/11/Add. 2, § 3, p. 86. Vid. CDI, Quinta Sesión, A/CN.4/SER.A/1953/Add.1, p. 155.

ante la violación de normas imperativas preexistentes y una presunción de divisibilidad en relación con aquéllas que surgen posteriormente.

En la práctica, sin embargo, parece complicado separar las disposiciones imperativas de un Tratado con respecto a otras que no presentan el mismo carácter, en la medida en que las normas de *ius cogens* influyen normalmente en su contenido y “espíritu”.<sup>405</sup> Así pues, el artículo 64 de la CVDT presenta un conflicto interesante: ¿será una o varias cláusulas las que se verán terminadas? O, por el contrario, ¿se entenderá que el Tratado en su conjunto será finalmente terminado? *Grosso modo*, la solución dependerá de si las cláusulas en cuestión abarcan o comprenden el *objeto y fin* de aquél. Si ello fuera así, el Tratado será terminado.

No obstante, resulta prioritario que, con carácter previo, la normativa internacional indique el verdadero significado y alcance del concepto “objeto y fin” de un Tratado. Hasta ese momento, podemos asumir que, si la controvertida cláusula que debe ser terminada se erige como la razón de ser de todo el acuerdo, los efectos del artículo 64 de la CVDT alcanzarán de forma global a todo el instrumento en cuestión.

## **B. LOS EFECTOS TEMPORALES DE LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS CONTRARIOS A NORMAS DE *IUS COGENS***

Como principio general de Derecho, a menos que se exprese lo contrario, las normas jurídicas rigen a futuro y no tienen efecto retroactivo. En este sentido, la CVDT reconoce en sus artículos 4, 28, 70.1, b) este criterio, asumiendo el principio de irretroactividad como una premisa fundamental, por lo que, el surgimiento de una nueva norma no invalida *ab initio* actos ya cumplidos.<sup>406</sup>

De manera concreta, el principio de la irretroactividad de las convenciones se discutió en el caso de *Phosphates In Morocco* (1938), donde la CPJI se declaró incompetente en virtud de que el origen de la

---

<sup>405</sup> Cfr. DIACONU, Ion, *Ibid.*

<sup>406</sup> Como por ejemplo, arreglos territoriales que no requieren una aplicación nueva del Tratado y fueron ejecutados en una época en la cual no eran contrarios al Derecho Internacional entonces en vigor. Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, op. cit., p. 85.

controversia debía remontarse a hechos ocurridos con anterioridad al reconocimiento por parte de Francia de la jurisdicción obligatoria de este tribunal.<sup>407</sup>

Sea como fuere, este criterio sufre su excepción cuando, conforme se aprecia en el artículo 28 de la CVDT, se permite derogar el comentado principio de irretroactividad, a través de la voluntad de las partes expuestas en el Tratado.<sup>408</sup> Resulta pertinente afirmar que el contenido de las disposiciones que recojan la intención de las partes de retrotraer el contenido de un conjunto de cláusulas no exige que esté expreso o de forma literal en el Tratado, sino que tal intención puede derivarse del carácter instantáneo o repetitivo de ciertos hechos -y la continuidad de los mismos- que lo permitan probar. Así lo reconoció la CPJI en el caso *Mavrommatis* cuando declaró que “(...) el Protocolo XII del Tratado de Lausana tenía como característica especial que sus efectos se extendiesen a situaciones jurídicas que databan de fecha anterior a su entrada en vigor.”<sup>409</sup>

Cuando hablamos de normas imperativas sobrevenidas, por el contrario, el artículo 64 de la CVDT recoge el principio *tempus regit actum*<sup>410</sup>, el cual le reconoce los derechos y obligaciones contraídas hasta la fecha del surgimiento de la nueva norma. Por tanto, aquel que infringe en la actualidad el *ius cogens superveniens*, está exento de cualquier imputación retroactiva de responsabilidad; *a fortiori*, los derechos y obligaciones que han nacido en el presente y que surgirán en el futuro con la nueva norma de *ius cogens*, solo son exigibles y justiciables desde el presente y hacia el futuro.<sup>411</sup> Intuimos, pues, que los redactores de la CVDT desearon plasmar la misma lógica de la divisibilidad de las cláusulas, al fraccionar el tiempo a partir del cual deben surtir los efectos de la terminación de un Tratado, y sólo sancionar, por la presunción de buena fe al ser redactado, el tiempo en que el Tratado afecta a la norma imperativa sobrevenida.

---

<sup>407</sup> Vid. CPJI, *Phosphates In Morocco* (Preliminary Objections), Serie A/B, Núm. 74, 1938, p. 24.

<sup>408</sup> Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>409</sup> La traducción es nuestra. Cfr. CPJI, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Series A, Núm. 2, 1924, p. 34.

<sup>410</sup> Noción latina que significa “el tiempo rige el acto”.

<sup>411</sup> Vid. JENNINGS, R. Y.: “Treaties. Chapter 6” en *International Law: Achievements and Prospects*, Editor: BEDJAOUI, Mohammed, UNESCO, Paris: Netherlands, 1991, p. 155; Vid. CDI, 1966, Vol. II, p. 54; Vid. JANKOVIĆ, B. M. (1984): *Public International Law*, Transnational Publishers, Inc., United States of America, pp. 313-314; Vid. CDI, CA/CONF. 39/11/Add. 2, § 6, p. 72; Vid. Proyecto CDI (2001), § 5 del comentario del artículo 13, p. 129.

En suma, conforme al criterio asumido por la CIJ en la opinión consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*<sup>412</sup> y en el asunto *Aegean Sea Continental Shelf* (1978)<sup>413</sup>, se puede afirmar que hasta que el *ius cogens superveniens* no emerja, el Tratado será perfectamente válido y, conforme al ordinal b) del artículo 70.1<sup>414</sup> y el ordinal b) del artículo 71.2<sup>415</sup> de la CVDT, tal terminación “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del Tratado antes de su terminación.”<sup>416</sup>

Ahora bien, ¿qué sucederá con hechos o violaciones que sigan existiendo tras el surgimiento de la nueva norma imperativa? La clave para responder esta pregunta está en el concepto mismo de *facta pendentia*: el principio de retroactividad no se viola por situaciones que aún existen en el momento de la entrada en vigor del Tratado y que se hubiera originado anteriormente a ésta. Esto es precisamente lo que se planteó en el asunto *Blečić vs. Croacia* (2006)<sup>417</sup> ante la Corte EDH. Así, pues, “si el comportamiento ha comenzado antes de que la obligación entre en vigor para el Estado y continúa desarrollándose posteriormente, habrá violación de dicha obligación desde el momento en que ésta haya comenzado a existir para el Estado.”<sup>418</sup> Ello le dará competencia al tribunal competente para conocer el caso por ser un “hecho continuado”, lo cual implica que “se considera perpetrado durante todo el período comprendido entre el comienzo del comportamiento estatal y su término.”<sup>419</sup>

---

<sup>412</sup> Vid. CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 16, p. 31.

<sup>413</sup> Vid. CIJ, *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 1978, p. 3, pp. 28 y 32.

<sup>414</sup> “70. Consecuencias de la terminación de un tratado. 1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención: a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. (...).

<sup>415</sup> “71. Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. (...) 2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado: a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.”

<sup>416</sup> Esto difiere de los demás casos de nulidad, los cuales actúan retroactivamente, incluyendo el artículo 53 de la CVDT.

<sup>417</sup> Vid. Corte EDH, *Blečić vs. Croatia*, Application Núm. 59532/00, Grand Chamber, 2006, § 72.

<sup>418</sup> Cfr. CDI, Doc. NNUU: A/5809, Anuario CDI 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

<sup>419</sup> Cfr. CDI, Doc. NNUU: A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, Anuario CDI 1978, vol. II (primera parte), p. 41.

Cuando aplicamos estos criterios al artículo 64 de la CVDT, podemos concluir que después de la terminación de un Tratado, se conservan los derechos y obligaciones, así como situaciones jurídicas surgidas durante y como consecuencia de su ejecución y, tal *status quo* se mantendrá esté o no en oposición con la nueva norma imperativa. Por el contrario, si existen hechos pasados que se han replicado en el presente y que constituyen violaciones a la norma de *ius cogens superveniens*, el encargado de juzgarlos tendrá competencia para evaluar las mismas en la medida en que aquéllos podrían representar una violación continuada.

### **C. LA NO APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS CUANDO SE TERMINA UN TRATADO CONTRARIO A NORMAS IMPERATIVAS**

Durante la discusión mantenida por la CDI en torno a la CVDT, el profesor Jiménez de Aréchaga observó que en los casos de extinción normal -terminación- de un Tratado subsisten los derechos adquiridos pero, ante una extinción anormal -como es la nulidad causada por pretender suscribir un Tratado que violenta una norma imperativa existente-, cualquier derecho nacido desde su origen y hasta su declaratoria de nulidad, deberá desaparecer.<sup>420</sup>

Como explicamos más arriba, el nacimiento de una nueva norma imperativa no invalida retroactivamente los actos ya cumplidos<sup>421</sup>. Por lo tanto, la terminación de un Tratado contrario a normas de *ius cogens superveniens* no afecta a ningún derecho, obligación o situación jurídica creada durante y por la ejecución del mismo. Sin embargo, tales obligaciones sólo podrán mantenerse en el futuro en el caso de que ese mantenimiento no sea en sí contrario a la nueva norma imperativa.

---

<sup>420</sup> Vid. CDI, ONU Doc. A/CN. 4/er. A/1963, sesión 711, § 43.

<sup>421</sup> Vid.. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. : *El Derecho Internacional Contemporáneo*, op. cit., pp. 81-85.

**EL TEST DE VALORACIÓN DEL ARTÍCULO  
64 DE LA CVDT: EL CONTROL DE  
IMPERATIVIDAD Y EL CONTROL DE  
CONVENCIONALIDAD COMO  
HERRAMIENTAS INTERPRETATIVAS  
PREVIAS A LA TERMINACIÓN DEL  
TRATADO  
*CAPÍTULO IV***

***EL TEST DE VALORACIÓN DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT: EL CONTROL DE  
IMPERATIVIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTAS  
INTERPRETATIVAS PREVIAS A LA TERMINACIÓN DEL TRATADO***  
CAPÍTULO IV

El artículo 64 de la CVDT indica -como ya sabemos- que si un Tratado vulnera la regulación imperativa, éste deberá adecuar su contenido o terminarse. No obstante, veremos que la realidad operativa del mencionado artículo es otra en la medida en que el Derecho Internacional y el Derecho interno, de alguna manera, imposibilitan su aplicación.

Sea como fuere, en la circunstancia anterior, el Estado interesado puede optar por comunicar su intención de terminar el instrumento jurídico en cuestión a los demás sujetos involucrados. Por supuesto, la imperatividad de una norma como causa de terminación de un acuerdo, nos permite afirmar que seguramente habrá objeciones al respecto. De hecho, si ese fuera el caso, las partes deberán encontrar una solución pacífica de controversias de conformidad con el artículo 33 de la Carta de la ONU.

Además, conviene aclarar que cuando existan dudas en torno a la buena fe de las partes en el momento de cumplir con las obligaciones que nacen de un Tratado o de aquellas que nacen expresamente de la CVDT, se genera la necesidad en el ordenamiento jurídico internacional de suplir tal carencia y proteger los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. ¿Cómo se hará ello? Fundamentalmente, por medio de un tribunal, el cual adoptará una decisión judicial que tendrá por objeto determinar -como ya se ha dicho en múltiples ocasiones- la adecuación y, en su defecto, la terminación del Tratado en cuestión.

A la luz de lo anterior, es menester resaltar que si el conflicto versa sobre la aplicación o interpretación de una norma de *ius cogens*, la CVDT prevé que cualquiera de las partes del Tratado someta el mismo a la autoridad de la CIJ, a menos que convengan -de común acuerdo- acudir a la figura del arbitraje.

Dicha situación arrastra consigo diversas dudas y/o cuestiones, a saber: ¿es posible que un Estado no parte de un Tratado sea quien someta la controversia a un tribunal internacional? ¿Es posible que, sin



decisión judicial que medie, un Estado pueda suspender unilateralmente la ejecución de un Tratado si contraviene una norma imperativa? Por razones obvias, dependiendo de las respuestas que obtengamos, seremos capaces de comprobar el rango operativo de actuación que en la actualidad tienen las normas imperativas. Bajo el supuesto de que el órgano correspondiente se declare competente, existen otras variables que condicionan la operatividad del artículo 64 de la CVDT, las cuales quedarán detalladas más adelante.

En relación con lo establecido en el párrafo anterior y centrándonos en el tema que ahora nos ocupa, entendemos que es crucial determinar lo siguiente: ¿quién es el órgano competente para ordenar la terminación de un Tratado (I)?; ¿qué fórmula debe aplicar dicho órgano a la hora de decidir sobre dicha terminación (II)? Además, es necesario concretar si se da por suspendido o no el acto que presuntamente vulnera una norma imperativa (III).

## **I. ÓRGANOS COMPETENTES PARA DECLARAR LA TERMINACIÓN DE UN TRATADO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT**

En materia de terminación de Tratados como consecuencia de la vulneración de una norma imperativa, no existen propuestas concretas que agrupen la exigibilidad y la efectiva justiciabilidad de dicha figura. Debido a la ambigüedad de las disposiciones de la CVDT, algunos han pensado que es la CIJ el órgano encargado de realizar -lo que hemos llamado- *el test de valoración* que se deduce del artículo 64 de la CVDT, el cual conlleva la realización de un *control de imperatividad* -consistente en determinar si existe o no una norma imperativa- y un *control de convencionalidad* -consistente en determinar si el Tratado en cuestión contraviene la referida norma imperativa-.

En efecto, el ordinal del artículo 66 de la CVDT ha establecido que “la controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia”, pero establece claramente que las partes podrán acudir -en caso de mutuo consentimiento- al arbitraje. En este orden de ideas, conviene traer a colación el

artículo 36.1<sup>422</sup> del Estatuto de la CIJ, puesto que confirma que dicha Corte será la competente para realizar el *control de convencionalidad* oportuno en el caso de terminar un Tratado que contravenga una norma imperativa, siempre que las partes no puedan solventar pacíficamente el conflicto en cuestión conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Carta ONU.<sup>423</sup>

En cualquier caso, se ha criticado la relativa ambigüedad con que la CVDT se refiere a la jurisdicción del CIJ ya que, pudiera pensarse, que tal jurisdicción sólo es válida en los límites del referido artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ. Sea como fuere, conviene apuntar que el consentimiento, como requisito indispensable para articular su jurisdicción, se manifiesta libremente por cuatro vías fundamentales, a saber: (i) Tratados generales en los que se otorga a la CIJ la jurisdicción exclusiva en caso de que exista una controversia; (ii) Tratados específicos, en los que se recoge -a través de una cláusula compromisoria- la jurisdicción de la CIJ; (iii) la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria (artículo 36.2<sup>424</sup> y 36.3<sup>425</sup> del Estatuto de la CIJ); o, (iv) la aceptación implícita derivada del *forum prorrogatum*<sup>426</sup>. Por lo tanto, toda la jurisprudencia de la CIJ es coherente y constante al basar la jurisdicción de la misma en la existencia previa del consentimiento de los Estados.

No obstante lo anterior, debemos indicar que no hay un único tribunal capacitado para determinar qué normas son o no imperativas; como tampoco existe un único órgano judicial encargado de asumir el monopolio jurisdiccional de terminar Tratados conforme al artículo 64 de la CVDT. De hecho, cualquier tribunal puede realizar el “control de imperatividad” pero, como advertimos, el carácter imperativo de una norma, reconocido por un determinado órgano judicial, puede no ser aceptada por otro. En este sentido,

---

<sup>422</sup> “Art. 36, 1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”.

<sup>423</sup> Vid. DUPUY, R. J. : “Codification et Règlement des Différends. Les Débats de Vienne sur les Procédures de Règlement” en *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 15, 1969, pp. 88-90; Vid. CARRILLO SALCEDO, J. A., *op. cit.*, p. 209.

<sup>424</sup> “Art. 36.2.- 2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; b. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

<sup>425</sup> “36.3. La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo”.

<sup>426</sup> Esta locución latina que significa “fuero ampliado” o “fuero prolongado”, implica la aceptación expresa o implícita de las partes en una controversia para que determinado tribunal juzgue un caso que, en principio, no tendría la competencia necesaria para hacerlo.

debemos recordar que el razonamiento que se esgrimió en su momento fue el de garantizar que distintos tribunales tuvieran la posibilidad, tal vez con criterios regionales y no universales, de declarar la terminación de un Tratado sobre la base de un ataque al interés universal. Por ello, una norma declarada imperativa a nivel regional no puede imponerse a nivel universal para terminar un Tratado. Sin embargo, la norma de *ius cogens* universal sí prevalece ante la “regional”, por lo que un tribunal puede declarar la terminación de un Tratado regional alegando la figura del *ius cogens* universal.

En cualquier caso, como ya hemos indicado, la instancia que esté conociendo de la terminación de un Tratado por vulnerar una nueva norma imperativa, tendrá la obligación de, al menos, realizar el *control de imperatividad* y, una vez hecho esto, proceder al *control de convencionalidad* -esto sin perjuicio de lo que la realidad ha revelado-. En lo que se refiere a este primer control, debemos apuntar que algunos han considerado que sólo un juez -o un árbitro- puede disponer de verdadera legitimidad de actuación a la hora de analizar normas de *ius cogens*.<sup>427</sup> Otros pensamos, como veremos a continuación, que una vez evaluada la legitimidad procesal activa del accionante en justicia,<sup>428</sup> dicho control puede darse no solo en órganos judiciales o arbitrales (1), sino también en, por ejemplo, órganos administrativos (2).

### 1. ÓRGANOS JUDICIALES O ARBITRALES: LA TESIS DE TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS A TRAVÉS DE UNA DECISIÓN JUDICIAL

En la opinión consultiva *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* (1923), la CPJI indicó que la jurisdicción doméstica es “esencialmente relativa” y, por tanto, no exclusiva en la medida en que “depende del desenvolvimiento de las relaciones internacionales” que un Estado posee con sus

---

<sup>427</sup> Vid. SUY, E.: “The concept of jus cogens in international law”, *op. cit.*, p. 86: Vid. CHENG, B.: “On the Nature and Sources of International Law” en *International Law: Teaching And Practice*, (Bin Chen Ed.), Stevens y Sons, London, 1982, pp. 203, 232.

<sup>428</sup> Vid. Capítulo IV, IV, 1. *Legitimidad procesal activa de conformidad con el artículo 64 de la CVDT*

homólogos.<sup>429</sup> Sin embargo, cuando toca hablar de normas imperativas, se afirma que, cuando se violentan, podrían ser exigibles y justiciables a través de una jurisdicción de carácter universal.<sup>430</sup>

En efecto, la idea que subyace de la anterior premisa -la cual compartimos-, es que por ser la norma imperativa de interés para toda la comunidad internacional, su violación afecta a todos y, por tanto, puede ser exigible y justiciable por todos. Por ello, se pone en funcionamiento una jurisdicción de carácter universal capaz de ser ejercida por cualquier tribunal,<sup>431</sup> sin que se requiera vínculo alguno con el perpetrador, la víctima o el lugar en el que se cometió el crimen en cuestión.<sup>432</sup>

Otros, sin embargo, consideran que la justiciabilidad de las obligaciones *erga omnes* y, en especial, de las normas de *ius cogens* a través de la jurisdicción universal, en una sociedad delineada por la voluntad de las partes expresada en Tratados, no encuentra sustento en el Derecho Internacional actual.<sup>433</sup> Así pues, a la luz de dichas consideraciones, un Tratado contrario a una norma de *ius cogens* debería estar sujeto a que cualquier Estado -conforme a su legislación interna- pueda juzgar tal situación y ordenar su terminación.

---

<sup>429</sup> En palabras textuales de la CPJI, dicho tribunal afirmó en la opinión consultiva *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* lo siguiente: “The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain.” [Subrayado nuestro] *Vid.* CPJI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, Serie B Núm. 4, 1923, p. 24.

<sup>430</sup> *Vid.* SHAW, M. N., *op. cit.*, p. 673. Vale resaltar que en el asunto *Pinochet*, el tribunal belga reconoció que la jurisdicción universal se erige como una norma de *ius cogens*. *Vid.* Court of First Instance of Brussels, pp. 356-357. En el asunto *Gaddafi*, por otra parte, los órganos judiciales belgas indicaron que el deber de procesar o enjuiciar un caso está basado en las normas imperativas y, ello no puede ser objeto de ningún tipo de derogación. *Vid.* Court of Appeal of Paris, *Gaddafi*, p. 496.

<sup>431</sup> *Vid.* BASSIOUNI, M. C.: “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes” en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Núm. 4, Autumn 1996, p. 63; *Vid.* MITCHELL, D. S.: “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine” en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 15, 2005, p. 230.

<sup>432</sup> *Vid.* TPIY, Prosecutor vs. *Furundzija*, IT-95-17/I-T, Judgment, 1998, §§ 155-156; *Vid.* UKHL, *Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina vs. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, Judgment, 1999; *Vid.* HURWITZ, D. R.: “Universal Jurisdiction and the Dilemmas of International Criminal Justice: The Sabra and Shatila Case in Belgium” en *Human Rights Advocacy Stories*, Deena Hurwitz, Margaret L. Satterthwaite, Doug Ford, eds., Foundation Press, New York, 2009, p. 271.

<sup>433</sup> Ver el análisis realizado por HURWITZ, D. R.: “Universal Jurisdiction and the Dilemmas of International Criminal Justice: The Sabra and Shatila Case in Belgium”, *op. cit.*, pp. 272-273; *Vid.* RUBIN, A. P.: “Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?” en *New England Law Review*, Vol. 35, Núm. 2, 2001, pp. 277-278.

De cualquier forma, al realizar una lectura integral de los artículos 65 a 68 de la CVDT, así como de aquéllos que tratan individualmente la terminación de los Tratados, podemos apreciar que todos ellos dependen del artículo 70 de la CVDT en la medida en que éste último indica que la terminación de un Tratado se realiza “en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención”. Consecuentemente, si un Tratado no recoge el procedimiento de terminación oportuno por causa del nacimiento de una nueva norma imperativa -lo que supondrá que el *ius cogens* dejará de ser una causal extrínseca para pasar a ser una causal intrínseca-, se aplicarán de manera supletoria los artículos 65 a 68 de la CVDT.

En tal sentido y de acuerdo con lo explicado anteriormente, al exigir la CVDT que la violación de la norma imperativa sea “alegada”, parece que su operatividad está condicionada no sólo a la existencia de una determinada controversia, sino también a que se emita una sentencia. No obstante, por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, entendemos que ello no es realmente necesario, puesto que la norma imperativa no puede estar sometida a la voluntad de los Estados de litigar o no en un caso concreto. Es más, ante la inexistencia de un monopolio jurisdiccional determinado, así como de un procedimiento único, entendemos que otros órganos, incluso de carácter administrativo, son capaces de ejercer el *control de imperatividad* y el *control de convencionalidad* en el marco de sus competencias cuando exista un acto que contravenga una norma imperativa.

## 2. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: LA ANTÍTESIS OBLIGADA

En este apartado abordamos la posibilidad que tiene un órgano diferente a un tribunal pueda recomendar y/o ordenar la terminación de un acto u actuación que violente el *ius cogens*. Siendo así las cosas, debemos evaluar aquí cuando el proceso de adecuación o terminación de un Tratado lo realice un organismo en sede nacional -órganos de la administración pública- (A) o en sede internacional -organizaciones internacionales- (B).

#### A. LA POSIBILIDAD DE TERMINACIÓN DE TRATADOS REALIZADA POR ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL

Aunque más adelante estaremos desarrollando la posible participación de otros órganos estatales para garantizar la operatividad interna del *ius cogens*,<sup>434</sup> entendemos que se hace imprescindible evaluar si un órgano de la administración pública -distinto a aquellos con facultad legal para hacerlo- podría terminar un Tratado. Lo que queremos examinar aquí es, básicamente, si cualquier órgano de la administración pública podría terminar un Tratado y, al estudiar el derecho comparado, tal hipótesis no parece ser una posibilidad.

Sin embargo, cuando tal hipótesis examinamos con actos distintos a Tratados, el panorama es distinto considerando especialmente la obligación que tiene cada órgano de la administración en cumplir con las funciones legales que la ley y su Constitución le otorga. A esta idea se debe agregar que un derecho o una obligación considerada como norma de *ius cogens*, debe ser considerada como parte integral de ordenamiento jurídico de los Estados, sin que medie la firma o ratificación de Tratado alguno. Consecuentemente, la administración pública está sometida a cumplir con las normas imperativas y, en caso de que un acto emanado de ella sea contrario a una norma imperativa sobrevenida, tal acto será considerado nulo o deberá terminar, una vez sea agotado el *control de imperatividad* y el *control convencionalidad* correspondiente.<sup>435</sup>

Tal posibilidad se sostiene en dos cuestiones: (i) los órganos de la administración están obligados a garantizar los derechos y obligaciones reconocidos en su Constitución y en el Derecho Internacional, como lo son las que emanan de las normas de *ius cogens*; (ii) además de ello, el principio de legalidad administrativo, somete a la administración pública a actuar con fiel apego a las fuentes del ordenamiento jurídico del Estado las cuales, por sí mismas, se encuentran jerarquizadas. Por esto, el carácter de primacía

---

<sup>434</sup> Vid. Capítulo V, I, 2, B, ii. *La posible participación de otros órganos estatales para garantizar la operatividad interna del ius cogens*

<sup>435</sup> *Infra*, Capítulo II, *Fórmula de Implementación del Test de Valoración*

que tiene el *ius cogens* frente a las demás normas del ordenamiento interno e internacional, resultan ser la fuente preferente de todo el actuar de la administración pública.<sup>436</sup>

## **B. LA POSIBILIDAD DE TERMINACIÓN DE TRATADOS REALIZADA POR ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

A diferencia del apartado anterior, aquí evaluamos dos cuestiones. En primer lugar, la posibilidad de que una organización internacional pueda terminar un acto en virtud del artículo 64 de la CVDT, lo cual debe hacer en el marco de sus competencias legales. Este escenario no tiene mayores diferencias a lo que expusimos arriba con los órganos estatales: todo acto emanado de un organismo, sea nacional o internacional, podrá ser siempre modificable y su proceder estará siempre sujeto a la discrecionalidad que lo caracteriza.

Ahora bien, cuestión distinta se presenta si en el Derecho Internacional existen organizaciones internacionales con la competencia legal necesaria para terminar un Tratado que contraría una norma imperativa sobrevenida. Como veremos a continuación, la conclusión general es que no existe ni parece que podría existir un organismo internacional que sea capaz de ordenar a un Estado que termine un Tratado. Sin embargo, existen actuaciones que son de especial relevancia que podrían ser realizadas por ciertas organizaciones internacionales a las que nos vamos a referir a continuación: (i) la AGNU, y, (ii) otras Organizaciones Internacionales.

### **i. LAS RECOMENDACIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS**

La AGNU tiene la facultad de recomendar la “adecuación” de un Tratado a una nueva norma imperativa conforme a los artículos 10, 11 y 14 de la Carta de la ONU<sup>437</sup>. En efecto, estas disposiciones

---

<sup>436</sup> PEÑA PÉREZ, P. *El Carácter Vinculante de las Fuentes de Derecho Internacional en la Administración Pública*, Tesis de Maestría, Universidad de Salamanca, 2013, p. 38-40

<sup>437</sup> Vid. AKEHURST, M. y MALANCZUK, P. (1997): *Modern Introduction to International Law*, Seventh Edition, Routledge, New York, p. 145.

indican que, salvo que se involucre al CSNU en virtud del Capítulo VII del citado instrumento, la Asamblea General podrá formular recomendaciones sobre “(...) cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta (...)”.

Asimismo, podrá actuar y emitir recomendaciones sobre cuestiones relativas “(...) al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas presente (...)”. Además, el referido órgano puede realizar recomendaciones que estén enfocadas al “(...) arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”.

Tras lo comentado en el párrafo anterior, debemos destacar que, en principio, una rectificación recomendada por la AGNU debe implementarse de manera voluntaria por los Estados como consecuencia del compromiso que asumen a través de los artículos 2.2, 2.3 y 2.6 de la Carta ONU conforme a los cuales se establece la necesidad de cumplir “(...) de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta” y “por medios pacíficos”<sup>438</sup>.

En relación con lo anterior, se debe resaltar que el referido instrumento normativo no define el concepto “recomendación” ni el alcance jurídico de la misma pero los jueces Lauterpacht y Klaestad, en sus votos separados en la opinión consultiva *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)* (1955), han definido el término y han establecido las diferencias entre el citado concepto con el de “decisión”. Así las cosas, indica el juez Lauterpacht que sólo las primeras -las decisiones- tienen carácter vinculante<sup>439</sup>, mientras que, por el contrario, las recomendaciones “(...) parecen

---

<sup>438</sup> Esta obligación también la han asumido de acuerdo con el artículo 2.6 de la Carta ONU.

<sup>439</sup> Vid. CIJ, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, 1962, p. 151, p. 163; Vid. CIJ, *South-West Africa-Voting Procedure*, Advisory Opinion, 1955, p. 67, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, p. 115.



no ser más que obligaciones morales”<sup>440</sup> o “políticas”<sup>441</sup> que no aparejan ninguna responsabilidad en caso de no respetarse. En cualquier caso, el Derecho Internacional ha ido matizando tal criterio, pudiendo afirmar que las “recomendaciones” de la AGNU podrán, eventualmente, aparejar una vinculación legal ineludible.<sup>442</sup> Al menos, en materia de *ius cogens*, no puede limitarse su alcance normativo; en consecuencia, la terminación de un Tratado ante la violación de las referidas reglas podría tener lugar, en un futuro, por medio de recomendaciones hechas por la AGNU.

En este sentido, debemos señalar que la CIJ ha admitido, al menos indirectamente, que las recomendaciones podrían crear cierta vinculación legal. En la opinión consultiva *South-West Africa-Voting Procedure* (1955), los jueces Lauterpacht y Klaestad afirmaron, en sus votos disidentes, que los Estados miembros de la ONU tienen el deber de, al menos, “(...) considerar de buena fe (...)”<sup>443</sup> las recomendaciones formuladas y de no hacerlo, “(...) estarán obligados a explicar las razones”<sup>444</sup> por las que no las implementan. Más aún, algunos autores, han argumentado que en la opinión consultiva *Regional Office Agreement* (1980), la CIJ reconoció que para los Estados que componen la

---

<sup>440</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “But normally they refer to recommendations, properly so called, whose legal effect, although not always altogether absent, is more limited and approaching what, when taken in isolation, appears to be no more than a moral obligation.” [Subrayados nuestros] Cfr. Separate Opinion of Judge Lauterpacht, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, op. cit., p. 116.

<sup>441</sup> De manera textual, el juez Klaestad afirma lo siguiente: “Its effects are, in my view, net of a legal nature in the usual sense, but rather of a moral or political character. This does not, however, mean that such a recommendation is without real significance and importance, and that the Union Government can simply disregard it. (...) But a duty of such a nature, however real and serious it may be, can hardly be considered as involving a true legal obligation, and it does not in any case involve a binding legal obligation to comply with the recommendation.” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, op. cit., Separate Opinion of Judge Klaestad, p. 88.

<sup>442</sup> WEIL, P. op. cit., p. 416.

<sup>443</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) As a Member of the United Nations, the Union of South Africa is in duty bound to consider in good faith a recommendation adopted by the General Assembly under Article 10 of the Charter and to inform the General Assembly with regard to the attitude which it has decided to take in respect of the matter referred to in the recommendation. (...)” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *South-West Africa-Voting Procedure*, Advisory Opinion, 1955, p. 67, Separate Opinion of Judge Klaestad, p. 88; Cfr. CIJ, *South-West Africa-Voting Procedure*, Advisory Opinion, 1955, p. 67, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, pp. 119-120. Véase también en el mismo caso: Separate Opinion of Judge Klaestad, p. 88.

<sup>444</sup> La traducción es nuestra. De manera textual se afirma lo siguiente: “(...) A Resolution recommending to an Administering State a specific course of action creates *some* legal obligation which, however rudimentary, elastic and imperfect, is nevertheless a legal obligation and constitutes a measure of supervision. The State in question, while not bound to accept the recommendation, is bound to give it due consideration in good faith. If, having regard to its own ultimate responsibility for the good government of the territory, it decides to disregard it, it is bound to explain the reasons for its decision. These obligations appear intangible and almost nominal when compared with the ultimate discretion of the Administering Authority. They nevertheless constitute an obligation; they have been acknowledged as such by the Administering Authorities. (...)”. Véase también en el mismo caso: Separate Opinion of Judge Lauterpacht, pp. 118-119.

ONU, existe un deber de “cooperar” que se encuentra implícitamente vinculado con las recomendaciones de la AGNU.<sup>445</sup>

Sea como fuere, pese a lo indicado anteriormente, vemos que la realidad es otra. En la opinión consultiva *Certain Expenses* (1962), la CIJ determinó que la resolución dictada por la AGNU, que reconocía la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas en Oriente Medio (UNEF), era una “recomendación” adoptada de conformidad con el artículo 11 o 14 de la ONU que no creaba una realidad “física”, sino un nuevo marco jurídico. Así pues, el efecto jurídico estaba condicionado a la “autorización” del Secretario General de la ONU a los fines de crear obligaciones y derechos “recíprocos”<sup>446</sup>.

Es de reconocer, sin embargo, que aunque exista un deber implícito de “cooperar”, hoy en día “no está claro cómo un deber general de cooperar implica un deber específico emanado de recomendaciones individuales.”<sup>447</sup> Consecuentemente, afirmamos que las recomendaciones comportan en la actualidad, no más que simples “invitaciones” a los Estados para que tomen las medidas correspondientes. En definitiva, de aquéllas surgen simples privilegios y no derechos y obligaciones vinculantes.<sup>448</sup>

Por lo tanto, cualquier recomendación que realice la AGNU en lo relativo a la rectificación de un Tratado -sea procediendo a su adecuación o a su terminación- será considerado como una mera sugerencia que los actores involucrados podrán o no tomar en consideración. Ello implica que pueden darse, a nivel estatal, trabas legales, burocráticas, etc., que impidan la ejecución de las recomendaciones de la AGNU. Si así sucede y, a su vez, se genera una situación que amenace a la paz y seguridad internacional, la ONU -a través del CSNU- tomará las medidas oportunas de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU para solucionar el asunto.

---

<sup>445</sup> Vid. SLOAN, B. (1991): *United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World*, Transnational Publishers Inc., New York, pp. 29-31.

<sup>446</sup> Cfr. CIJ, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, 1962, p. 151, pp. 165, 172.

<sup>447</sup> Cfr. ÖBERG, M. D.: “The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ” en *EJIL*, Vol. 16 Núm. 5, 2005, p. 883.

<sup>448</sup> *Ibid.*, pp. 887-888.

Vale resltar aquí que, de existir interés de parte de los involucrados en proveer de valor obligatorio el contenido de tales recomendaciones, existirá siempre la posibilidad de celebrar un Tratado o adecuarlo, con el interés de que se creen derechos y obligaciones formales, capaces de producir consecuencias jurídicas concretas.

Teóricamente, sin embargo, debemos partir de la idea de que los intereses representados en una resolución dictada por la AGNU van más allá de un simple acuerdo *inter partes* y que cuando se refiere a una norma imperativa su alcance abarca y afecta a toda la comunidad internacional y genera una vinculación legal ineludible. En este sentido, podemos citar la posición del juez Lauterpacht en su voto disidente sobre el referido asunto *South-West Africa-Voting Procedure* (1955), donde describió la importancia que adquieren las “recomendaciones o serie de recomendaciones sobre un mismo asunto” frente a los principios de la Carta ONU.

En el citado voto, el referido juez Lauterpacht afirmó que “(...) no existe una obligación automática para aceptar completamente una recomendación o serie de recomendaciones, [sino que] existe una obligación legal en actuar de buena fe conforme los principios de la Carta (...)”. Sin embargo, continúa diciendo, que cuando persistentemente un Estado “(...) declina actuar de conformidad a una recomendación o serie de recomendaciones que se refieran al mismo asunto (...) llega el momento en que el efecto acumulativo de esta persistente indiferencia (...) [lo hace] culpable de deslealtad a los Principios de la Carta.” Esta actitud, la cataloga como “abuso de derecho”, la cual genera “consecuencias que legítimamente conllevan una sanción legal.”<sup>449</sup>

---

<sup>449</sup> La traducción es nuestra. En su texto original, el juez Lauterpacht estipula lo siguiente: “(...) Although there is no automatic obligation to accept fully a particular recommendation or series of recommendations, there is a legal obligation to act in good faith in accordance with the principles of the Charter and of the System of Trusteeship. An administering State may not be acting illegally by declining to act upon a recommendation or series of recommendations on the same subject. But in doing so it acts at its peril when a point is reached when the cumulative effect of the persistent disregard of the articulate opinion of the Organization is such as to foster the conviction that the State in question has become guilty of disloyalty to the Principles and Purposes of the Charter. Thus an Administering State which consistently sets itself above the solemnly and repeatedly expressed judgment of the Organization, in particular in proportion as that judgment approximates to unanimity, may find that it has overstepped the imperceptible line between impropriety and illegality, between discretion and arbitrariness, between the exercise of the legal right to disregard the recommendation and the abuse of that right, and that it has exposed itself to consequences legitimately following as a legal sanction.” *Cfr. CIJ, South-West Africa-Voting Procedure, Advisory Opinion, 1955, p. 67, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, p. 120.*

Consecuentemente, es evidente que la AGNU puede emitir recomendaciones que aboguen por la terminación de un Tratado, acto u actuación que vulnere una nueva norma imperativa. Y, en el caso de que ello no sea acatado, nacerá la posibilidad legal de hacer exigible y justiciable la citada terminación ante los tribunales internos e internacionales, sin obviar la posibilidad de que el CSNU tome las medidas coercitivas necesarias para hacer respetar los principios de la Carta ONU que, de manera consistente y persistente, están siendo violados a través del referido instrumento jurídico.

## **ii. LA REPERCUSIÓN DE LOS ACTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

La actuación de las organizaciones internacionales viene delimitada, como no podía ser de otro modo, por las normas imperativas. De hecho, si se produce una contradicción entre una nueva norma de *ius cogens* y uno de sus actos, nace una competencia implícita de naturaleza subsidiaria que consiste en adecuar dicho acto.

En este orden de ideas, como introdujimos este apartado, debemos destacar que debido a la autonomía funcional que las organizaciones internacionales poseen, dicha adecuación o, en su defecto, la terminación del acto o actuación contraria a la nueva norma imperativa, podrá ser ordenada y realizada por éstas, sin necesidad de involucrar a un órgano judicial o arbitral. Situación diferente se presenta cuando el organismo en cuestión se negare a terminar dicho acto. En dicha circunstancia, los actores con legitimidad procesal activa necesaria podrán acudir a un tribunal para que resuelva el asunto en cuestión.

## **II. FÓRMULA DE IMPLEMENTACIÓN DEL TEST DE VALORACIÓN**

Sea cual sea la jurisdicción competente -judicial, arbitral o administrativa- para realizar el *test de valoración* que hemos mencionado previamente, es imprescindible proceder a la siguiente valoración: a) determinar si existe una norma imperativa involucrada en el caso en cuestión; y, en caso afirmativo, b) averiguar si aquéllas colisionan o no con la CVDT. Como ya veremos, aunque es posible que cualquier órgano decida sobre la imperatividad de una norma, no podrá referirse a la terminación de un Tratado a

causa del nacimiento de aquélla; adviértase de que en caso de apoyar dicha terminación, la decisión de aquél carecerá del efecto deseado.

## 1. EL CONTROL DE IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS

En materia de terminación de Tratados, de acuerdo con el artículo 64 de la CVDT, todo tribunal que conozca de una controversia en la cual se alegue la terminación de un acuerdo por violentar una norma imperativa sobrevenida deberá, previo a cualquier otro examen, valorar si aquélla es verdaderamente una norma de *ius cogens*. Este proceso, que hemos denominado *control de imperatividad*, puede ser realizado a raíz de una controversia o hasta de oficio, sin necesidad de solicitud expresa de alguna parte.

En definitiva, en un primer momento, es necesario delimitar si la pretendida norma imperativa es, en efecto, una norma de *ius cogens*. Siendo así las cosas, el órgano encargado de terminar un Tratado que viola normas imperativas, deberá evaluar su propia competencia y, una vez determinado esto, deberá advertir el tipo de exigibilidad que posee la norma imperativa (I), es decir: (i) si la norma es exigible y justiciable en la actualidad; o, si por el contrario, (ii) a la norma en cuestión aún no se le ha reconocido su carácter imperativo. Luego deberá valorar la justiciabilidad de la norma imperativa (II). Esta clasificación nos permitirá definir claramente la relación entre la imperatividad de la norma y su operatividad conforme a los artículos 53 y 64 de la CVDT.

### A. LA EXIGIBILIDAD ACTIVA O PASIVA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS

Antes de nada, conviene puntualizar que, la exigibilidad activa o pasiva de una norma de *ius cogens* -como surgiría igualmente con una norma consuetudinaria- nace de su reconocimiento como fuente en el ordenamiento jurídico internacional. Así pues, de conformidad con el objeto del presente trabajo de investigación, hemos procedido a clasificar aquéllas de la siguiente manera: a) *ius cogens* de exigibilidad activa; y b) *ius cogens* de exigibilidad pasiva. En tal sentido, debemos aclarar que, por un lado, la exigibilidad activa gira en torno a la siguiente idea: existen normas de *ius cogens* que son

exigibles y justiciables a causa de su reconocimiento expreso por parte de la comunidad internacional. Y, por otro, la exigibilidad pasiva de las normas imperativas parte de la siguiente premisa: existen reglas cuyo carácter imperativo aún no ha sido reconocido.

Lo anterior, que sin duda no es más que una situación *de hecho*, tendrá especial importancia en el proceso de terminación de un Tratado conforme al artículo 64 de la CVDT, puesto que -como veremos- no habrá garantías para su operatividad a causa de las diversas condiciones existentes para ello.

#### **i. LA EXIGIBILIDAD ACTIVA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS**

Existen algunas normas que históricamente han sido la base fundamental de las relaciones entre Estados y que, a causa de ello, su exigibilidad ha sido plasmada de manera expresa en ciertos Tratados. Además, su justiciabilidad, como pudimos comprobar en la *Tríada Cognitiva del Ius Cogens*, ha sido posibilitada a través de algunos tribunales internacionales, regionales y domésticos en relación con la aplicación de instrumentos legales de vinculación que aseguran la satisfacción de los derechos y obligaciones que emanan de las referidas normas imperativas. En resumen, las normas imperativas de *exigibilidad activa* han sido delimitadas y catalogadas como tales por la comunidad internacional, derivándose de las mismas una serie de derechos y obligaciones ineludibles que no pueden ser refutadas.

En este ámbito debemos mencionar, a modo de ejemplo, la prohibición para cometer tortura<sup>450</sup>, la prohibición del uso o la amenaza de fuerza, así como la prevención y represión del genocidio, *lesa humanidad* y crimen de guerra. Asimismo, las cuestiones relativas a la piratería, el tráfico de esclavos, así como los principios y reglas que conciernen a los derechos básicos de la persona -incluidos los relativos al derecho de igualdad y no discriminación-, también se encuentran agrupadas en esta primera clasificación<sup>451</sup>, las cuales se sustentan bajo los brazos de la teoría de la responsabilidad fiduciaria.<sup>452</sup>

---

<sup>450</sup> Vid. CIJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium vs. Senegal)*, Judgment, 2012, p. 422, § 99; Vid. UKHL, *R. vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate: Ex Parte Pinochet Ugarte* (Núm. 3), 1999, 2 All ER 97; Vid. Italian Court of Cassation, *Ferrini vs. Federal Republic of Germany*, 11 March 2004; Vid. DE SENA, P. y DE VITTOR, F., *op. cit.*, p. 89.

<sup>451</sup> La CIJ, en el asunto *Barcelona Traction* (1970), afirmó lo siguiente: “34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the

Ello también sucede con las normas fundamentales relativas al Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados<sup>453</sup> y a los derechos humanos.<sup>454</sup> A dichas normas se les reconoce, sin duda alguna, su carácter imperativo. En línea con lo anterior, cabe mencionar que “toda prohibición, no solo las que tengan carácter absoluto en los Tratados de derechos humanos, son normas de *ius cogens*, o al menos son hoy costumbre internacional.”<sup>455</sup> En este orden de ideas, debemos traer a colación a modo de ejemplo

---

corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” [Subrayado nuestro] *Cfr. CIJ, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, 1970*, p. 3, p. 32, § 34; *Vid. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva Núm. 18, 17 de septiembre de 2003, §§ 97-111. Asimismo, ver en esta última opinión consultiva el Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, §§ 58 y 65-85 y el Voto Concurrente del Juez Alirio Abreu Burelli, § 1. De igual forma, es posible ver el mismo razonamiento en otros casos tales como: Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C Núm. 160, 25 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 58; *Vid. Corte IDH, López Álvarez vs. Honduras*, Serie C Núm. 141, 1 de febrero de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 53; *Vid. Corte IDH, Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Serie C Núm. 140, 31 de enero de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 63.

<sup>452</sup> *Vid. CRIDDLE, E. J. y FOX-DECENT, E. op. cit.*, pp. 368-370.

<sup>453</sup> La CIJ indicó en el asunto *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* lo siguiente: “79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and “elementary considerations of humanity” as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (*I. C. J. Reports 1949*, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.” *Cfr. CIJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996*, p. 226, p. 257, § 79. Otro tribunal que se ha referido al tema es el TPIY. *Vid. TPIY, The Prosecutor vs. Zoran Kupreskic and others*, Trial Judgment, IT-95-16-T, 14 January 2000, § 520. Asimismo, pueden verse los comentarios expuestos en la CDI. *Vid. CDI, Sesión 56, Suplemento Núm. 10 (A/56/10)*, pp. 306-307 (§ 5 sobre el art. 40); *Vid. CDI, Sesión 32, 1980, Vol. II, parte 2, p. 44, § 28; Vid. LEVRAT, N., “Les conséquences de l’engagement pris par la H.P.C. de ‘faire respecter’ les conventions humanitaires” en Implementation of International humanitarian Law*, F. Kalshoven y Y. Sandoz (reds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 270-273. Vale resaltar aquí que una sección de la doctrina especializada considera que TODAS las normas de Derecho internacional humanitario son imperativas. *Vid. CONDORELLI, L. y BOISSON DE CHAZAURNES, L. ; “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire en toutes circonstances” en Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 33-34.

<sup>454</sup> En la opinión disidente del juez Tanaka en el asunto *South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa)*, vemos que se afirma el referido razonamiento. De manera textual la CIJ estipuló lo siguiente: “[I]f we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*.” *Cfr. CIJ, South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa), Second Phase, Judgment, 1966*, p. 6, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, 1966, p. 298.

<sup>455</sup> La traducción es nuestra. *Cfr. AUST, A. op. cit.*, p. 319. Sobre este aspecto el Comité de Derechos Humanos de la ONU, estableció en su Observación General Núm. 29 en relación con el artículo 4 del PIDCP lo siguiente: “11. La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de Derecho Internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, es evidente que en la lista de

la CADH y el CEDH, puesto que ambos textos reconocen la posibilidad de suspender temporal y proporcionalmente algunos derechos -e.g. privacidad y libertad de expresión, entre otros- cuando se haya declarado la existencia de un Estado de emergencia. Evidentemente, cuando finalice la referida situación excepcional, se retornará a la normalidad habitual. En cualquier caso, pese a que existen excepciones en torno al ejercicio de algunos derechos humanos, ello no necesariamente conllevará la falta de imperatividad de las normas que se encargan de regularlos.<sup>456</sup>

## ii. LA EXIGIBILIDAD PASIVA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS

Existen normas que, en la actualidad, han sido consideradas como importantes o imprescindibles aunque no les ha sido otorgada la naturaleza de normas de *ius cogens* o sólo han sido catalogadas como tales por parte de tribunales regionales, que les otorga, como veremos, un carácter *progresivo o programático*. Como ejemplo de estas normas pasivas de carácter imperativo, podemos mencionar las relativas al medio ambiente. En efecto, el IDI, en el año 2005, señaló que existe una obligación *erga omnes* en lo que se refiere al medio ambiente de espacios comunes.<sup>457</sup> Ello también se puede deducir del asunto *Pulp Mills on The River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)* (2010) ventilado ante la CIJ.<sup>458</sup>

En este apartado relativo a las normas pasivas, es menester señalar que si bien aún no son consideradas reglas imperativas como tal, éstas sí pueden generar obligaciones *erga omnes* (así sucede con las normas que son parte de la costumbre internacional). En cualquier caso, la diferencia que existe

---

disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de Derecho Internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.” [Subrayados nuestros]. Cfr. Comité de los Derechos Humanos de la ONU, *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General Núm. 29, Sesión 72, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2001, p. 215, § 11.

<sup>456</sup> Vid. ORAKHELASHVILI, A.: “Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>457</sup> Vid. IDI, “*Les obligations et les droits erga omnes en droit international*”, Rapporteur: Mr. Giorgio Gaja, Krakow Session, Fifth Commission, August 25th 2005, Considerando 2 y art. 1.a y 1.b

<sup>458</sup> Vid. CIJ, *Pulp Mills on The River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, Judgment, 2010, separate opinion of Judge Cançado Trindade, § 68; Vid. ORAKHELASHVILI, A. (2006): *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, United Kingdom, pp. 50-65.



con respecto a las activas es que aquéllas no pueden invocarse como imperativas y, por lo tanto, no puede derivarse de ello una responsabilidad que afecte a todos los miembros de la comunidad internacional en su conjunto. De hecho, su incumplimiento conllevará una responsabilidad de carácter interno o, a lo sumo, una responsabilidad frente a los Estados parte del Tratado multilateral en cuestión.

En este orden de ideas, debemos destacar que durante los trabajos preparatorios de la CVDT, los miembros de la CDI se refirieron numerosas veces a la *conciencia universal o general* y a la *conciencia de los Estados* en el momento en el que se inquirió sobre el proceso de formación e identificación de las normas imperativas. La CDI no se pronunció ni ofreció ejemplos sobre estos temas. Tampoco informó acerca de los Tratados que podrían llegar a ser incompatibles con el *ius cogens*. Sin embargo, sí indicó que serían normas imperativas, entre otros actos ilícitos conforme al Derecho Internacional (Proyecto de Artículos CDI, 1966), aquellas cuyo objeto estuviera relacionado con la prohibición del uso ilícito de la fuerza atendiendo a los principios de la Carta ONU, aquéllas que se refirieran a la trata de esclavos, la piratería, el genocidio, la violación de derechos humanos y la violación de la igualdad de los Estados.<sup>459</sup>

Asimismo, debemos puntualizar que la Corte IDH ha reconocido que los derechos de igualdad y no discriminación<sup>460</sup>, así como el derecho de acceso a la justicia<sup>461</sup> son normas imperativas en el sistema interamericano.<sup>462</sup> El TJUE, por su parte, ha indicado que el derecho de propiedad<sup>463</sup> tiene también este

<sup>459</sup> Vid. CDI, 1966, Vol. 2, 169, pp. 247-249.

<sup>460</sup> Vid. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, Serie C Núm. 127, 23 de junio de 2005, § 185; Vid. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A Núm. 18, 17 de septiembre de 2003, § 88; Vid. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A Núm. 17, 28 de agosto de 2002, § 44; Vid. Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, Serie A Núm. 4, 19 de enero de 1984, § 54; Vid. Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras*, Serie C Núm. 141, 1 de febrero de 2006, § 170; Vid. Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Op. Cit., § 141; Vid. Corte IDH, *"Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, Serie C Núm. 134, 15 de septiembre de 2005, § 178; Vid. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC-18/03, Op. Cit., §§ 86-105.

<sup>461</sup> Por la naturaleza de las violaciones al *ius cogens*, en materia de Derecho internacional humanitario el acceso a la justicia ha sido reconocido como norma imperativa. Vid. ORAKHELASHVILI, A.: *Peremptory Norms in International Law*, op. cit., p. 9; Vid. Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, Serie C Núm. 162, 29 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 53; Vid. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 158, 24 de noviembre de 2006, Voto Razonado Cançado Trindade, § 4; Vid. Corte IDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, §§ 9-55; Vid. Corte IDH, *Baldeón García vs. Perú*, Serie C Núm. 147, 6 de abril de 2006, Voto razonado del Juez Cançado Trindade, § 11. La Corte IDH, por el contrario, estableció que "[e]l deber de investigar es una obligación de medio, no de resultados." Cfr. Corte IDH, *Baldeón García vs. Perú*, Serie C Núm. 147, 6 de abril de 2006, § 93.

<sup>462</sup> Sobre estos derechos, véase CANÇADO TRINDADE, A. A.: "La Ampliación del Contenido Material del *Ius cogens*", op.cit., pp. 1-31.

carácter y, por último, parte de la doctrina ha considerado que la prohibición a la *corrupción pública*<sup>464</sup> es también una norma imperativa. En cualquiera de los referidos casos, podemos notar que es una interpretación regional la que se realiza y que, por tanto, no cumple con el criterio de ser reconocida por toda la comunidad internacional en su conjunto -para ser considerada norma de *ius cogens*-. Así pues, podemos apreciar que sobre dichos derechos, este reconocimiento regional no implicará la existencia de una norma imperativa en los términos recogidos en los artículos 53 y 64 de la CVDT. Lógicamente, por lo tanto, tampoco podrá invocarse la causa de terminación prevista en el artículo 64 de la CVDT sino solo en aquellos Estados que conforman dichos sistemas regionales.

Un aspecto íntimamente relacionado con lo anterior es analizar cuando una norma es ya considerada de *ius cogens* en un país o un grupo de países, pero en otros tal norma no ha evolucionado a tal escala -hasta considerarse imperativa, conforme con los artículos 53 y 64 de la CVDT-. En este sentido, la norma imperativa se encuentra activa en un grupo de países pero posee un estado pasivo o inactivo para otros. Ante este escenario, común en estos días, cabe preguntarnos: ¿cabe la posibilidad de que una norma de *ius cogens* que se encuentra activa pase a ser pasiva? En otras palabras, ¿qué sucede, por ejemplo, con un derecho u obligación reconocido como una norma imperativa únicamente en el sistema interamericano o europeo, o por un Estado en particular -reconocimiento activo -, pero este mismo derecho u obligación no tiene dicho carácter de *ius cogens* para el resto de la comunidad internacional -reconocimiento pasivo?

Para responder a estas preguntas, hay que partir de un análisis inverso: si una norma imperativa es activamente exigible ante un órgano judicial, obviamente implica que se realizó un *control de imperatividad* sobre ella y se le reconoció tal naturaleza. En ese caso, su pasividad ha desaparecido, no es programática, su exigibilidad no es eventual sino que es actual. Todos los ejemplos que hemos descrito y las decisiones expuestas en este estudio, donde se le han reconocido el carácter imperativo a ciertas

---

<sup>463</sup> Vid. TJUE, *Ahmed Ali Yusuf vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, T-306/01, Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), 21 de septiembre de 2005, § 293.

<sup>464</sup> Aunque tenemos nuestras reservas sobre este planteamiento, el mismo se fundamenta en que tal actuación afecta las instituciones gubernamentales encargadas de garantizar la aplicación y preservación del ordenamiento legal y la seguridad nacional o, pero aun, de aquellos que dependen de la asistencia estatal para vivienda, alimentos, salud, etc. Vid. CRIDDLE, E. J. y FOX-DECENT, E., *op.cit.*, pp. 371-372; Vid. STARR, S. B.: “*Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations*” en *Northwestern University Law Review*, Vol. 101, Núm. 3, 2007, pp. 1297-1306.

normas, se enmarcan en este escenario.

Contrario a esto, cuando evaluamos la hipótesis distinta - que una norma de *ius cogens* activa pase a ser pasiva-, no es sencillo pensar en un ejemplo práctico donde la evolución de una norma de *ius cogens*, que esté en un estado activo, sea revertida y culmine en un estado pasivo y que no sea posible ser exigible y justiciable. Se nos ocurre, de todos modos, que esto podría suceder cuando nace una nueva norma sobrevenida que modifica la anterior. Como ya dijimos, estas normas poseen un carácter *favorablemente evolutivo*, por lo que podrían -a través de otra norma de igual rango o conforme a un Tratado multilateral más beneficioso- ser modificadas.

Reconocemos, sin embargo, que aquí no se estaría pasando de un estado activo a uno pasivo, puesto que no parece que sea posible que una norma imperativa, modificada por una norma que sea más favorable, sea sustituida en el futuro por otra norma de igual rango -*ius cogens superveniens*- que sea menos beneficiosa. Esto, sin duda, rompería con la naturaleza *favorablemente evolutiva* que posee este tipo de reglas imperativas en el Derecho Internacional. En consecuencia, será la naturaleza *favorablemente evolutiva* la que determinará si una norma que se encuentra pasiva -solo reconocida por un país o un grupo de países de manera regional- pase a un estado activo, considerándose norma de *ius cogens* y viceversa.

## **B. LA JUSTICIABILIDAD ACTIVA Y PASIVA DE LAS NORMAS IMPERATIVAS**

En consonancia con lo establecido en párrafos anteriores, debe quedar claro que pese a que se reúnan las condiciones necesarias para exigir la terminación de un Tratado que violenta normas de *ius cogens*, no es posible lograr su justiciabilidad porque, entre muchas otras razones, no existe un elemento legal concreto que otorgue competencia a un tribunal a tomar tal decisión. En otras palabras, no es justiciable “aquella situación donde no existe una norma satisfactoria a través de la cual la disputa en cuestión no puede ser resuelta”<sup>465</sup>. Conforme explicamos *ut supra*, esta fue precisamente la posición que

---

<sup>465</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “A non-justiciable issue is one in respect of which there is no satisfactory legal yardstick by which the issue can be resolved. That situation will often arise in cases into which it is also

expuso la CIJ en el asunto *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, donde consideró que la relación de un asunto con una norma de *ius cogens* “no justifica por sí sola que la Corte sea competente para conocer de la controversia.”<sup>466</sup>

Partiendo de las afirmaciones previas, resulta oportuno indicar que este proceso de justiciabilidad requiere el desarrollo de operaciones dirigidas a depurar los derechos y obligaciones involucradas, así como su carácter imperativo. Por lo tanto, todo tribunal u órgano que esté encargado de conocer de una controversia donde se alegue la terminación de un Tratado, acto u actuación por violentar una nueva norma imperativa deberá realizar el *control de imperatividad* para valorar si la norma es o no imperativa.

## 2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA NORMA IMPERATIVA

Habiendo agotado la primera fase del proceso que está siendo objeto de análisis en el presente capítulo a partir de la cual es confirmada o no la existencia de una norma de *ius cogens* -*control de imperatividad*-, el juzgador deberá considerar en una segunda etapa si existe alguna disposición del Tratado que la contravenga. Realizado esto, deberá confirmar si tal regla imperativa surgió antes o después de la suscripción del citado acuerdo, con lo cual podrá definir si aplicará el artículo 53 o, por el contrario, el artículo 64 de la CVDT. En definitiva, en esta segunda fase del proceso, que hemos denominado *control de convencionalidad*, el juzgador tendrá la ardua tarea de precisar con claridad cuál es la disposición que se enfrenta a la regulación imperativa y procurar que los efectos de tal choque se sancionen conforme a las disposiciones de la CVDT.

En este sentido, debemos subrayar que el citado *control de convencionalidad*, término originalmente hilvanado por la Corte IDH al evaluar si los Estados cumplen o no con sus obligaciones

---

constitutionally inappropriate for the Courts to embark.” Cfr. Court of Appeal of New Zealand, *Curtis vs. Minister of Defence*, CP253/01, 2002, § 27. Cit. High Court of New Zealand, Wellington Registry, *New Zealand Maori Council and Ors vs. Attorney General and Ors*, CIV-2007-485-000095, 4 May 2007, § 73.

<sup>466</sup> Cfr. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, § 64.

internas conforme a la CADH<sup>467</sup> comprende en nuestro *test de valoración*, el deber de controlar que todo Tratado, acto u actuación sea conforme a las normas imperativas, inhabilitando aquéllas que las violen.

Este control tiene su fundamento en la *superioridad normativa* del *ius cogens* frente a las demás fuentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional<sup>468</sup>, conforme al cual las normas imperativas son las reglas matrices del Derecho Internacional, encontrándose en ellas el reparto de competencias de los órganos encargados de aplicar los artículos 53 y 64 de la CVDT y el los principios y valores en los que se sostiene la comunidad internacional. Consecuentemente, en tanto las normas imperativas se constituyen como herramientas de interpretación de los Tratados y de cualquier otra norma u actuación del Derecho Internacional y Derecho interno -de las cuales emanan la validez, la vigencia y la exigibilidad del resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado-<sup>469</sup>, los jueces se encuentran en la obligación de preferir su aplicación por encima de cualquier Tratado o norma interna.

El *control de convencionalidad* responde, pues, al principio de *buena fe* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, en el sentido de que todo actor con arreglo al Derecho Internacional tiene la obligación ineludible -por comportar obligaciones *erga omnes*-<sup>470</sup> de actuar conforme a tales reglas y, en el caso de que surja una norma imperativa con posterioridad al nacimiento de tal acto o actuación, disponer su adecuación en aras de cumplir con sus obligaciones internacionales. Cabe resaltar que tanto el *control de imperatividad* como el *control de convencionalidad*, si bien tienen su origen en los artículos 53 y 64 de la CVDT, deben ser ejercidos tanto en el plano nacional como en el plano internacional por

---

<sup>467</sup> Este concepto fue esbozado por primera vez por la Corte IDH en el referido asunto *Almonacid y otros vs. Chile* (2006) y así como también en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), al referirse al control que ejerce dicho tribunal sobre el cumplimiento de la CADH por parte de los Estados. En palabras del Juez García Ramírez “2. En la especie, al referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado” (...) “5. (...) existe un ‘control de convencionalidad’ depositado en tribunales internacionales -o supranacionales-, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los Tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.” *Vid.* Corte IDH, *Trabajadores Cesados Del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, §§ 2, 5.

<sup>468</sup> Por favor diríjase a: *Capítulo II, 2. B. La Superioridad Normativa del ius cogens* frente a las demás fuentes del Derecho Internacional.

<sup>469</sup> Por favor diríjase a: *Capítulo II, 1. B. (ii) Las normas imperativas son una herramienta de interpretación de los Tratados y de cualquier otra norma u actuación del Derecho Internacional y derecho interno.*

<sup>470</sup> Por favor diríjase a: *Capítulo II, 1. A. (ii) Comportan obligaciones erga omnes.*

cuanto, como ya explicamos anteriormente, constituyen obligaciones de todos los actores del Derecho Internacional ejercerlos en primera instancia, sin necesidad de acudir a un tribunal internacional.

Para tal efecto, el parámetro de control está constituido, en primer lugar, por los artículos 53 y 64 de la CVDT. Sin embargo, éste no se encuentra restringido al mencionado instrumento normativo sino que en la medida en que las normas de *ius cogens* -en su condición de norma regulatoria del Derecho de los Tratados en el ordenamiento jurídico internacional- contienen principio y valores que precisan ser desarrolladas o reconocidas a través del *control de imperatividad*- deben tomarse en cuenta los criterios -*opinio iuris* y la práctica- hilvanados a nivel estatal o regional como parámetro de interpretación.

En lo que respecta a los derechos u obligaciones objeto de *control de convencionalidad*, como explicamos más arriba, debemos tomar en consideración que las normas imperativas tienen una *naturaleza tridimensional*, lo que implica que no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación.<sup>471</sup> Así las cosas, es posible afirmar que producto de esta especial característica que poseen, todo derecho u obligación cuya jerarquía sea menor a una norma imperativa, está sometido al *control de convencionalidad* pertinente.

Vale resaltar, sin embargo, que los efectos del *control de convencionalidad* -como sucederá con el *control de imperatividad* también- dependen del plano en el que se esté ejerciendo: en el nacional o internacional. Al respecto, la CIJ afirmó en la referida opinión consultiva *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (1950) que “[l]a interpretación de los términos de un Tratado (...) no puede ser considerado un asunto esencialmente de la jurisdicción doméstica de un Estado (...)”, sino que “(...) es una cuestión de Derecho Internacional que, por su misma naturaleza, recae dentro de la competencia de la CIJ.”<sup>472</sup> Consecuencia de ello, el *control de convencionalidad* y el *control de*

---

<sup>471</sup> Por favor diríjase a: Capítulo II, 2. A. *La naturaleza tridimensional del ius cogens: no tienen límites de espacio, de sujetos ni tiempo de actuación.*

<sup>472</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “It is contended that the Request for an Opinion was an action *ultra vires* on the part of the General Assembly because, in dealing with the question of the observance of human rights and fundamental freedoms in the three States mentioned above, it was “interfering” or “intervening” in matters essentially within the domestic jurisdiction of States. This contention against the exercise by the Court of its advisory function seems thus to be based on the alleged incompetence of the General Assembly itself, an incompetence deduced from Article 2, paragraph 7, of the Charter. (...) The interpretation of the terms of a treaty for this purpose could not be considered as a question essentially within the domestic jurisdiction of a State. It is a question of international law which, by its very nature, lies within the

*imperatividad* deberán ser implementados por el juez nacional o internacional con el propósito de interpretar y aplicar de manera armónica el derecho interno con la CVDT y el objeto y fin de las normas de *ius cogens*.

#### **A. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR UN TRIBUNAL ESTATAL**

En consonancia con lo anterior, si es el juez u órgano nacional inaplica la norma que considera no conforme con la nueva norma imperativa, ordenando entonces la terminación del acto u actuación violatorio. Tal decisión solo tendrá efectos para las partes envueltas y para el caso en cuestión. Así las cosas, vemos que pueden existir diversos órganos competentes que hagan el pertinente *control de convencionalidad*, a saber: los Tribunales constitucionales o tribunales con competencia constitucional (i); y, otros tribunales u órganos de la administración pública estatal (ii).

##### **i. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES O TRIBUNALES CON COMPETENCIA CONSTITUCIONAL**

En materia de terminación de Tratados, el órgano judicial en cuestión debe cumplir con la tarea de fiscalizar el respeto de las normas que presenten un carácter universal. Para cumplir con dicha tarea, se debe tener en cuenta no solamente lo recogido de manera dispersa en la CVDT, sino también en el Derecho Internacional general.

Además, en muchos países, conviene precisar que la Constitución otorga a su Tribunal Constitucional una competencia de carácter *a priori* y *a posteriori* con el objeto de evaluar situaciones como las que abordamos en el presente trabajo. Sea como fuere, la realidad que impera es la siguiente: el Estado generalmente hace un *control de convencionalidad* que consiste en determinar si la violación de la norma imperativa evaluada rompe o no con el sistema constitucional. En caso de que el tribunal aprecie tal situación, el órgano judicial ordenará que el Tratado sea expulsado del ordenamiento jurídico interno a través de los procesos legales correspondientes. Ello dará lugar a la correspondiente denuncia.

---

competence of the Court.” [Subrayado es nuestro] Cfr. CIJ, *Interpretation of Peace Treaties [with Bulgaria, Hungary and Romania]*, Advisory Opinion, 1950, p. 65, pp. 70-71.

Aquí vemos que, de manera indirecta, el artículo 64 de la CVDT podría implementarse aunque condicionado por las propias normas internas estatales, puesto que -como hemos explicado- el Tratado no puede ser el criterio fundamental que determine la constitucionalidad de una ley ni viceversa; y, en consecuencia, ninguna norma inconstitucional puede contrariar lo dispuesto en un Tratado.

## **ii. OTROS TRIBUNALES U ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL**

Un segundo escenario se refiere a la posibilidad de que un tribunal o un órgano de la administración pública del Estado considere, en el marco de sus competencias, que existe una violación de la CVDT. En dicha situación, la decisión estará sujeta a los recursos administrativos y judiciales que el Estado disponga en su ordenamiento jurídico interno.

### **A. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL**

En este segundo escenario, donde es un tribunal internacional el que ordena adecuar el Tratado -a la nueva norma imperativa sobrevenida- o en su defecto ordena terminarlo, tendrá como consecuencias no sólo la inaplicación de la norma de derecho interno al caso concreto, sino que de manera puntual se genera una obligación por parte del Estado en modificar el Tratado y modificar la regulación doméstica en consonancia con lo establecido por dicho tribunal-de ser necesario-. En ese sentido, la declaratoria por parte del tribunal internacional de un Tratado o una norma de derecho interno como no convencional por violentar una nueva norma imperativa, no implicará, como hemos explicado, una terminación automática del Tratado o del acto o actuación, sino que corresponderá al Estado, en cuanto responsable internacional por la vulneración de la norma de ius cogens y de la CVDT, adaptar tal acto o actuación para cumplir con lo ordenado por la Corte. Como ejemplo, podemos mencionar la Corte IDH, en el caso *La Última Tentación de Cristo* en Chile, donde su decisión dio origen a que el Estado promoviera una reforma constitucional que fuera acorde a con lo ordenado.



Asimismo, resulta perentorio indicar que existen cuatro factores que determinan la competencia de cualquier órgano, los cuales deben tomarse en consideración a la hora de realizar el *control de convencionalidad* y valorar la terminación de un Tratado conforme al artículo 64 de la CVDT. Dichos factores son la competencia por razón de la materia, del lugar, de la persona y del tiempo. Véase la clasificación hecha a continuación:

a. Competencia *ratione materiae*: todo órgano, judicial o administrativo, tiene la facultad de valorar el respeto de cualquier acto u actuación conforme a los artículos 53 y 64 de la CVDT y, en consecuencia, tendrán la incuestionable competencia de realizar el *control de imperatividad* y el *control de convencionalidad*. No obstante, las valoraciones que puedan hacerse, variarán si las hace, por ejemplo, el órgano encargado de aplicar la decisión y no el que la tomó, máxime si pertenecen a territorios diferentes.

Sobre estas cuestiones se ha referido la Corte IDH en la medida en que ha reconocido el carácter inderogable que poseen los Tratados relativos a derechos humanos, indicando, además, que éstos pertenecen al dominio del *ius cogens* internacional, lo que es *per se* suficiente para desestimar cualquier excepción de incompetencia *ratione materiae* que surja. Consecuentemente, los tribunales tienen siempre -y sin limitación alguna- la posibilidad de juzgar violaciones a normas de *ius cogens*<sup>473</sup> y, conforme a ello, ordenar la terminación de un Tratado de acuerdo con lo estipulado por el artículo 64 de la CVDT.

b. Competencia *ratione temporis*: ni el momento del nacimiento de la nueva norma imperativa -que a partir de entonces es cuando se viola por parte del Tratado en cuestión el artículo 64 de la CVDT- ni la duración de la violación -porque no prescribe-, tienen importancia práctica a la hora de determinar la terminación de un Tratado.

---

<sup>473</sup> Vid. Corte IDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 118, 23 de noviembre de 2004, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 40; Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p. 61, § 22. Asimismo, resulta interesante ver la opinión disidente del Juez Dugart en el antes citado caso. Vid. Separate opinion of Judge ad-hoc Dugart, p. 87, § 3.

c. Competencia *ratione personae*: cuestiones controvertidas pueden surgir a la hora de determinar la competencia por razón de la persona, debido a disyuntivas existentes sobre la legitimidad procesal activa y pasiva que vimos más arriba. Así pues, en caso de referirnos a un Tratado suscrito por dos Estados conforme al cual se estipula específicamente la jurisdicción competente ante controversias que puedan surgir, no podrá -en principio- cuestionarse la validez del mismo en una jurisdicción distinta a la que fue designada por aquél. De hacerlo, el tribunal presuntamente incompetente, podrá argumentar que el caso en cuestión no será juzgado ante su jurisdicción en la medida en que es incompetente *ratione personae*.

Pero además de esto, el hecho que una parte deje de comparecer en alguna etapa del procedimiento, no les releva del cumplimiento de la sentencia que pueda ser dictada, a pesar de que se dicte en su ausencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53 del Estatuto de la CIJ.<sup>474</sup>

d. Competencia *ratione loci*: cierta complejidad puede darse cuando un órgano diferente al señalado por el Tratado decida conocer el caso y terminarlo de acuerdo con las normas imperativas existentes. Si se procede de tal modo en el momento en el que se ejecute la decisión en cuestión, se deberá acudir a los órganos domésticos de los dos Estados que firmaron el citado acuerdo para que determine si es o no competente.

En principio, tal y como ha indicado la CIJ, la naturaleza *erga omnes* de una obligación internacional no constituye un argumento sólido y suficiente a la hora de eludir el principio de que la jurisdicción de la Corte es voluntaria. Por lo tanto, si no se ha aceptado la misma y se cumplan con estas

---

<sup>474</sup> En efecto, en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America)* (1986) la CIJ indicó lo siguiente: “A State which decides not to appear must accept the consequences of its decision, the first of which is that the case will continue without its participation; the State which has chosen not to appear remains a party to the case, and is bound by the eventual judgment in accordance with Article 59 of the Statute. There is however no question of a judgment automatically in favour of the party appearing (...)”. Cfr. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 24, § 28. Este mismo criterio se había sido recogido con anterioridad en otros casos de este mismo tribunal, a saber: CIJ, *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, Judgment of December 15th, 1949, p. 248; Vid. CIJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom vs Iceland)*, Merits, Judgment, 1974, pp. 9-10, §§ 14-18; Vid. CIJ, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany vs Iceland)*, Merits, Judgment, 1974, p. 180-182, §§ 15-19; Vid. CIJ, *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 1978, pp. 7-8, §§ 14-15; Vid. CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, 1980, pp. 9-10, §§ 11-13, p. 18, § 33, p. 24, §§ 44-45. Asimismo, sobre la incomparecencia en juicio véase lo que indica EISEMANN. Vid. EISEMANN, P.M., “Les effets de la non-comparution devant la Cour internationale de Justice”, *A.F.D.I.*, vol. 19, 1973, pp. 351-375.

cuatro condiciones *-ratione materiae, temporis, personae y loci-*, no se puede valorar jurídicamente el comportamiento de tal o cual Estado.<sup>475</sup>

Consecuentemente, el *control de convencionalidad* y el *control de imperatividad* deberá ser implementado por el juez nacional o internacional con el propósito de interpretar y aplicar de manera armónica el derecho interno con la CVDT y el objeto y fin de las normas de *ius cogens*, pero sobre todo, de controlar que todo Tratado, acto u actuación sea conforme a éstas. La realidad, pese a esta interpretación es otra y revela otro rasgo condicionante a la operatividad del artículo 64 de la CVDT: parecería que el tribunal debe expresamente aceptar la competencia y, de no hacerlo, estaría impedido en terminar un determinado Tratado.

### III. LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DEL TRATADO COMO UNA GARANTÍA DE EFICACIA DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT

Como ya hemos explicado, los Tratados que contradiga una norma de *ius cogens*, serán automáticamente inejecutable, más no automáticamente terminable. Consecuentemente, es necesario buscar una forma legal y legítima que impida que continúen las violaciones a las normas de *ius cogens* hasta el momento en el que se decida la adecuación del Tratado, como *prima ratio* y, en su defecto, su terminación como *ultima ratio*.

No obstante lo anterior, algunos afirman que, debido a la naturaleza misma del *ius cogens*, la “terminación” de las disposiciones de un Tratado debería operar de forma automática. Ya explicábamos en otro apartado por qué entendemos que, aunque ello sea exigible, la teoría de la automaticidad afirma que no es *justiciable*. En otras palabras, si bien las normas de *ius cogens* son automáticamente exigibles, la terminación de un Tratado por el nacimiento de este tipo de regulación no es automáticamente “justiciable”. En cualquier caso, con ello no se afirma que las partes deban continuar aplicando un Tratado que vulnera normas imperativas.

---

<sup>475</sup> Vid. CIJ, *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, 1995, p. 90, pp. 102-105, §§ 29-32.

Siendo así las cosas, previo a que el caso sea evaluado por la jurisdicción competente para determinar si un Tratado debe o no terminar conforme el artículo 64 de la CVDT, entendemos que se puede proceder, como fórmula de cumplimiento al *ius cogens superveniens*, a *suspender* automáticamente su aplicación hasta tanto sea decidido el caso. En este sentido, conviene aclarar que la suspensión de un Tratado -como figura exigible y justiciable de la CVDT- opera de forma automática, siempre que se cumplan los requisitos para ello.<sup>476</sup> No obstante, debemos subrayar que, a día de hoy, esta circunstancia no se ha dado en la realidad. A continuación describimos cuáles son las causas de suspensión automática relacionada al tema que nos ocupa (1) y evaluaremos si es posible terminar un Tratado durante su período de suspensión (2).

## 1. CAUSAS DE SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA

Algunos afirman que el cambio fundamental de las circunstancias conlleva, automáticamente, la terminación de un Tratado; otros, sin embargo, sostienen que dicha terminación es sólo una opción que los Estados tienen. El artículo 62 de la CVDT se decanta por esta última postura, haciendo del principio *rebus sic stantibus* la última opción para terminar o suspender un Tratado. De hecho, la rigidez de los requisitos establecidos en el artículo 45 de la CVDT confirma esta misma idea<sup>477</sup>.

Al hilo de lo anterior, resulta pertinente afirmar que en el asunto *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Iceland)*, la CIJ reconoció que, como parte de la costumbre internacional, si se produce un cambio fundamental de las circunstancias (*rebus sic stantibus*) que en su momento empujaron a las partes a celebrar un determinado Tratado, la parte afectada podrá, bajo ciertas condiciones, alegar su terminación o suspensión.<sup>478</sup>

---

<sup>476</sup> De manera particular, la CIJ indicó en el asunto *Gabčíkovo -Nagymaros Project* lo siguiente: “47. Nor does the Court need to dwell upon the question of the relationship between the law of treaties and the law of State responsibility, to which the Parties devoted lengthy arguments, as those two branches of international law obviously have a scope that is distinct. A determination of whether a convention is or is not in force, and whether it has or has not been properly suspended or denounced, is to be made pursuant to the law of treaties. On the other hand, an evaluation of the extent to which the suspension or denunciation of a convention, seen as incompatible with the law of treaties, involves the responsibility of the State which proceeded to it, is to be made under the law of state responsibility. (...)” [Subrayado nuestro] *Cfr.* CIJ, *Gabčíkovo -Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, p. 38, §47.

<sup>477</sup> *Vid.* AKEHURST, M. y MALANCZUK, P. *op. cit.*, p. 145.

<sup>478</sup> De manera exacta, la CIJ indicó lo siguiente: “36. In these statements the Government of Iceland is basing itself on the principle of termination of a treaty by reason of change of circumstances. International law admits that a fundamental change in

Así pues, a nuestro modo de ver, el principio *rebus sic stantibus*, así como las condiciones y excepciones a las que se encuentra sujeto, encuentran cabida en el artículo 62 de la CVDT, el cual se encuentra supeditado -en el momento de su aplicación- a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) es necesario que en el caso en cuestión se produzca un “cambio fundamental” de las circunstancias con respecto a las que existían en el momento en el que se procedió a la celebración del Tratado y que, a su vez, no fueran previstas por las partes; además, b) es vital que las circunstancias originales fueran la base esencial del consentimiento otorgado por las partes a la hora de obligarse por el Tratado.

Para ayudarnos a entender lo anteriormente plasmado, acudiremos a un ejemplo expuesto por el Relator Especial en el Proyecto CDI-Estado (2001) quien, refiriéndose a la posibilidad de suspender derechos previstos en Tratados para ejercer presión sobre Estados que habían incumplido obligaciones colectivas, afirma lo siguiente “(...) En otros casos, algunos Estados han suspendido también derechos previstos en tratados para ejercer presión sobre Estados que habían incumplido obligaciones colectivas. Sin embargo, no hicieron valer el derecho de adoptar contramedidas, sino el de suspender la aplicación del tratado debido a un cambio fundamental de circunstancias. Cabe citar dos ejemplos: *Los Países Bajos - Suriname (1982)*. En 1980, un gobierno militar se hizo con el poder en Suriname. En respuesta a la represión que lanzó el nuevo gobierno contra los movimientos de oposición en diciembre de 1982, el Gobierno de los Países Bajos suspendió la aplicación del tratado bilateral de asistencia para el desarrollo en virtud del cual Suriname tenía derecho a recibir subvenciones económicas. Si bien el tratado no contenía ninguna cláusula de suspensión o terminación, el Gobierno de los Países Bajos alegó que las violaciones de los derechos humanos en Suriname constituían un cambio fundamental de circunstancias que daba lugar al derecho de suspensión. (...)”<sup>479</sup>.

---

the circumstances which determined the parties to accept a treaty, if it has resulted in a radical transformation of the extent of the obligations imposed by it, may, under certain conditions, afford the party affected a ground for invoking the termination or suspension of the treaty. This principle, and the conditions and exceptions to which it is subject, have been embodied in Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which may in many respects be considered as a codification of existing customary law on the subject of the termination of a treaty relationship on account of change of circumstances”. *Cfr.* CIJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Iceland)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1973, p. 3, p. 18, § 36; *Vid.* CPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, Series A/B Núm. 46, 1932, pp. 156-158.

<sup>479</sup> *Cfr.* CDI, Proyecto CDI Estado (2001), § 4 del comentario al artículo 54, p. 391.

Sigue exponiendo el Relator que el segundo caso que sirve como ejemplo es “*Los Estados miembros de la Comunidad Europea - Yugoslavia (1991)*”. En el otoño de 1991, en respuesta a la reanudación de los combates en Yugoslavia, los Estados miembros de la Comunidad Europea suspendieron, y denunciaron después, el Acuerdo de cooperación con Yugoslavia de 1983. Ello dio lugar a la anulación general de las preferencias comerciales en materia de importaciones, lo que rebasaba el embargo de armas ordenado por el Consejo de Seguridad en su resolución 713 de 25 de septiembre de 1991. La reacción era incompatible con las condiciones del Acuerdo de cooperación, en el que no se preveía la suspensión inmediata, sino sólo la denuncia, que debería notificarse con una antelación de seis meses. Para justificar la suspensión, los Estados miembros de la Comunidad Europea mencionaron expresamente la amenaza para la paz y la seguridad de la región. Pero, como en el caso de Suriname, alegaron que había habido un cambio fundamental de circunstancias, en lugar de hacer valer el derecho a adoptar contramedidas.”<sup>480</sup>

En este orden de ideas, la CDI llegó a afirmar años antes que “todo tratado lleva *implícita* la condición de que si por cualquier cambio de circunstancias imprevisto la obligación establecida en el tratado pusiera en peligro la existencia o el desarrollo vital de una de las partes, ésta tendría derecho a pedir que se le eximiera del cumplimiento de la obligación.”<sup>481</sup> Esta condición implícita, como vemos, es aquella a la que nos hemos referido anteriormente cuando afirmábamos que el *ius cogens* presenta un carácter dual.

Asimismo, debemos hacer hincapié en los comentarios realizados por la CDI sobre el artículo 22 del Proyecto CDI Estado, puesto que varias de las características con las que se describe el principio *rebus sic stantibus* coinciden con las normas relativas al *ius cogens superveniens*, constituyéndose aquél como la base de la suspensión de un Tratado ante tales circunstancias. Así, por ejemplo, Bartos y Yassen indicaban que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* “entraña únicamente, como regla general, la revisión y no siempre la extinción del tratado”. Esta cuestión, que puede dar lugar a modificaciones profundas, equivaldría a la conclusión de un nuevo Tratado.<sup>482</sup>

---

<sup>480</sup> Ibid, pp. 391-392

<sup>481</sup> Cfr. CDI, 1963, Vol. I, Derecho de los Tratados (A/CN.4/156 y Adiciones), 694.a sesión — 6 de junio, p. 145, § 14.

<sup>482</sup> Vid. CDI, 1963, Vol. I, 13 de mayo de 1963, Derecho de los Tratados (A/CN.4/156 y Adiciones), 678.a SESIÓN, p. 104, §§ 61-62.

Sin embargo, “(...) esa cláusula no confiere al Estado, como resultado inmediato de producirse el cambio fundamental de las circunstancias, el derecho a declararse por sí desligado de las obligaciones nacidas del tratado, sino que únicamente le faculta para pedir a la otra parte o a las otras partes que le eximan de ellas.”<sup>483</sup> Esto último resalta el motivo por el que la justiciabilidad de la terminación no es automática y por qué sí debe serlo la suspensión.

Otro ejemplo que debe traerse a colación al hilo de lo comentado en párrafos anteriores, es la suspensión automática de los Tratados cuando tiene lugar un conflicto armado. En este sentido, conviene advertir que la guerra suspende las relaciones convencionales entre los Estados beligerantes, debiendo restablecer las disposiciones del Tratado cuando cese el conflicto; exigiendo, asimismo, los derechos y las obligaciones nacidas entre los Estados que se encuentran en conflicto y aquéllos otros ajenos al mismo<sup>484</sup>. Dicho posicionamiento fue recogido en la resolución del IDI de 1912, el cual fue adoptado en Christiania: “el inicio y la ruptura de las hostilidades no afectará a la existencia de los tratados, convenciones y acuerdos, cualquiera que sea su denominación y objeto, celebrados entre los Estados beligerantes.”<sup>485</sup>

Consecuentemente, el nacimiento de una nueva norma de *ius cogens* conlleva la suspensión automática e inmediata de un Tratado, lo cual implica que, durante un cierto lapso de tiempo, los derechos y obligaciones que de él emanan se detendrán hasta que desaparezca la situación que impide su incumplimiento. De todos modos, debemos subrayar que aunque los derechos, obligaciones y situaciones jurídicas no pueden ser exigibles entre las partes durante el período de tiempo de la suspensión, el Tratado no ha “terminado” y, por lo tanto, permanece en vigor. Como vemos, lo que diferencia a la suspensión de la terminación es el carácter temporal que reviste la primera, ya que la suspensión no supone un cese definitivo de los efectos del Tratado ni tampoco genera efectos retroactivos.<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> *Ibid*, p. 145, § 15.

<sup>484</sup> *Vid.* REUTER, P. (1983) : *Droit International Public*, 6ª ed., Paris: Themis, p. 158.

<sup>485</sup> La traducción es nuestra. *Cfr.* IDI, *Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités*, Rapporteur M. Nicolas Politis, Session of Christiania, August 31th, 1912.

<sup>486</sup> *Vid.* JANIS, Mark. W., *op. cit.*, p. 33.

Debido al carácter dual del *ius cogens* y debido a que la terminación de los Tratados está condicionada a diversos factores, no es posible hacer justiciable de manera automática el artículo 64 de la CVDT. Entonces, cabe preguntarse, desde el punto de vista procesal, ¿puede solicitarse a un órgano competente la suspensión de un Tratado hasta tanto se decida si el mismo deba o no terminar? Entendemos no sólo que sí, sino que además ello constituye la solución más adecuada. Sin embargo, reconocemos que algunos actores podrían escudarse en la práctica malsana de acudir al artículo 64 de la CVDT para dejar de cumplir con las obligaciones emanadas de un Tratado, alegando la violación de una norma imperativa para que un determinado Tratado les sea suspendido.

Sea como fuere, partiendo de la buena fe de los actores, parece pues que -en la práctica- la suspensión es la opción más saludable. En efecto, el tratar de mantener la vigencia de un Tratado cuya coherencia con el *ius cogens superveniens* ha sido puesta en duda, implica un alto riesgo que será asumido o no, dependiendo del coste y/o las consecuencias que pueda acarrear el dar cumplimiento a la nueva norma imperativa. Por lo tanto, al realizar un análisis económico del caso, el Estado considerará si una posición -la de no terminar un Tratado contrario al *ius cogens*- conlleva menos costes que la otra -la de terminarlo-. Posiblemente, se decante por la situación que menos perjuicios le genere. En este sentido, se tomará en consideración que si se da por terminado un Tratado sin que medie una decisión o una instrucción válida, surgirá muy posiblemente -como veremos en detalle más adelante- la pertinente responsabilidad estatal a nivel internacional, puesto que se estarán incumpliendo las obligaciones internacionales nacidas del Tratado en cuestión.

## **2. ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE TERMINAR UN TRATADO DURANTE SU PERÍODO DE SUSPENSIÓN?**

Como explicamos más arriba, cuando hablamos de la suspensión, se debe tener en cuenta que el Tratado permanece en vigor pero los derechos, las obligaciones y las situaciones jurídicas nacidas de éste no serán exigibles. Siendo así las cosas, es lógico pensar que si el Tratado está suspendido, también lo están los términos y las condiciones pactados en él y, en consecuencia, los derechos, las obligaciones y las situaciones jurídicas nacidas de aquél.



Por lo tanto, consideramos que sólo será justiciable lo anterior en el momento en el que: (i) desaparezca la causa de suspensión; o, (ii) una autoridad competente decida que la misma no procede. Así pues, es posible afirmar que un Tratado suspendido no colisiona con las normas de *ius cogens*, ya que en el que momento en el que aparece la nueva regulación se encuentran suspendidos los referidos derechos, así como las mencionadas obligaciones y situaciones jurídicas que éste genera. Consecuentemente, cualquier violación que se pudiese estar incubando no termina de materializarse en la realidad.

En principio, entonces, un Estado no violaría la nueva norma imperativa, puesto que en virtud del efecto irretroactivo de esta última, sólo le será vinculante a partir de su nacimiento. Obviamente, una vez finalizado el motivo de la suspensión, nacerá la oposición a la nueva norma de *ius cogens superveniens* y, a partir de ello, la disposición del Tratado podrá ser objeto de terminación.

#### **IV. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA Y PASIVA EN MATERIA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS CONFORME CON EL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT**

Como hemos visto, la terminación de un Tratado por el nacimiento de una nueva norma de *ius cogens* no opera de forma automática. Como ya se dijo, surge en un primer momento la obligación inmediata (y ésta sí es automática) de adecuarlo, lo que hace imposible que haya automaticidad en la conclusión del instrumento jurídico en cuestión. Ello confirma nuestra teoría de la condición aplicativa que afecta al artículo 64 de la CVDT. En cualquier caso, debemos recalcar que los Estados no pueden continuar cumpliendo legítimamente con un Tratado que contraviene nuevas normas de *ius cogens*. De hecho, como ya dijimos, hasta que éste se adecúe, deberá ser “suspendido”. No pensar de esta manera y otorgar a la terminación un carácter automático, implicaría no confiar en la presunción de buena fe de las partes y, además, supondría la aplicación de la consiguiente sanción: la nulidad absoluta, lo que nos recordaría excesivamente al contenido del artículo 53 de la CVDT.

Así las cosas y partiendo de la idea de que en un mismo proceso pueden figurar varios Estados como demandantes<sup>487</sup>, varios Estados pueden ser demandados<sup>488</sup> o ambos escenarios pueden coexistir en sus diversas vertientes -múltiples reclamantes y múltiples reclamados-<sup>489</sup>, a continuación esclareceremos quienes poseen la calidad legal para actuar en justicia y ser sujeto de derechos y obligaciones de una decisión que ordene la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT.

## 1. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT

La construcción doctrinal en torno al *ius cogens* y a las correspondientes obligaciones *erga omnes*, han permitido destacar la evolución y expansión de la propia noción de “víctima”, así como del círculo de personas protegidas.<sup>490</sup> La lógica que aquí subyace es que los miembros que son parte de un Tratado han aceptado las obligaciones y derechos estipulados y reconocidos en él y, a su vez, cada Estado posee, al margen del referido instrumento jurídico, una facultad soberana y no condicionada de defender el Derecho Internacional en contra de violaciones que afecten a normas de *ius cogens*.

Por lo tanto, habiendo considerado que la terminación no opera de forma automática, se debe alegar en aplicación de las disposiciones convencionales expresas, no expresas o mixtas contenidas en un Tratado su incompatibilidad con la nueva norma de *ius cogens*. Siendo así las cosas, resulta perentorio determinar quién posee la capacidad legal para poner en movimiento la acción y exigir su adecuación como *prima ratio* o, su terminación como *ultima ratio*.

Teniendo en cuenta la afirmación anterior, resulta conveniente subrayar que una de las cuestiones más difíciles y, a la vez, menos analizadas en el ámbito del Derecho Internacional es determinar quién se

---

<sup>487</sup> Entre los primeros casos en los que se visualizan varios demandantes, podemos mencionar los siguientes: CPJI, *The S. S. Wimbledon*, Series A Núm. 1, Judgment, 1923; Vid. CPJI, *Case relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of The River Oder*, Serie A Núm. 23, Judgment, 1929.

<sup>488</sup> Como ejemplo de casos donde existen múltiples demandados, está el famoso *Monetary Gold Case (1954)*. Vid. CIJ, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy vs. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Preliminary Question, Judgment, 1954.

<sup>489</sup> Entre los diversos escenarios posibles están: (i) todos los Estados reclamantes, demanden a todos los Estados demandados; o, (ii) de todos los Estados demandantes, solo un grupo de ellos demanden a una parte de los Estados y no a todos;

<sup>490</sup> Vid. Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, Serie C Núm. 162, 29 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 60.

encuentra facultado para alegar la incompatibilidad de un Tratado contrario a una norma imperativa. Así pues, debemos plantearnos lo siguiente: ¿son únicamente los Estados partes quienes pueden poner en marcha este tipo de procedimiento? O, por el contrario, ¿es posible admitir que terceros impugnen tal incompatibilidad, habida cuenta de que ello puede contradecir el principio de relatividad al que hemos hecho constante referencia?<sup>491</sup>

### **A. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE LOS SUJETOS TÍPICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Como explicamos con anterioridad, los Estados son los sujetos clásicos que operan en el marco de la regulación internacional.<sup>492</sup> No obstante, desde el año 1949, se ha de considerar formalmente y sin discusión alguna que las Organizaciones internacionales pertenecen a esta misma categoría. Ambos, por tanto, están revestidos de la legitimidad procesal suficiente para acudir a los tribunales con el objeto de hacer exigible y justiciable el mencionado artículo 64 de la CVDT. Sin embargo, la capacidad que el Derecho Internacional le otorga a los Estados para actuar, dependerá de si (i) es un Estado directamente afectado; o, (ii) si el Estado es un tercero ajeno al Tratado.

#### **i. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE LOS ESTADOS AFECTADOS FRENTE AL TRATADO**

Como sabemos, la legitimación procesal es la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado o como tercero. Por legitimidad procesal activa se entiende la potestad legal para acudir a un órgano jurisdiccional con la petición de que inicie la tramitación del juicio o de una instancia. Al hablar del Derecho de los Tratados, es indiscutible que el Estado parte de un Tratado que contravenga una norma imperativa, está legitimado para poder solicitar su nulidad o terminación.

La legitimación activa, sin embargo, estará condicionada al ordenamiento jurídico que regule el proceder del órgano judicial que conocerá de la terminación. Así las cosas, podemos mencionar como ejemplo el artículo 34-37 del Estatuto de la CIJ, donde expresa cuáles Estados miembros de la ONU

---

<sup>491</sup> Vid. CDI, Vol. I, session 717, § 35. Cit. GÓMEZ ROBLEDO, A., *op. cit.*, p. 38.

<sup>492</sup> Vid. Capítulo II.1.A.(b).(i) *Sujetos típicos*

poseen la legitimación activa ante la CIJ y cuales no. Esto tiene implicaciones importantes para el tema que nos ocupa y representa, como hemos abordado a lo largo de esta tesis, un importante condicionamiento que limita la operatividad de las normas imperativas y del artículo 64 de la CVDT: sólo los Estados que tengan una base jurídica para otorgarle competencia a la CIJ, podrán acudir a ella, sin importar que en el conflicto se involucre una norma de *ius cogens*. En efecto, como revelamos en este trabajo,<sup>493</sup> la operatividad de las normas imperativas ha sido condicionada por la CIJ al darle prevalencia a criterios puramente procedimentales por encima de la efectiva aplicación de la norma de *ius cogens*<sup>494</sup>; o a preferido declinar su competencia para conocer la controversia al declarar, en virtud del artículo 34-37 del Estatuto de la CIJ, que no existían indicios suficientes de jurisdicción y que carecía del consentimiento de los Estados para asumir la competencia del caso.<sup>495</sup>

En el caso de los Estados no miembros de la ONU -los cuales podrían subsumirse en dos categorías: Estados que se han *retirado*<sup>496</sup> o han sido *expulsados*<sup>497</sup> - no podrán acudir a la CIJ. Resultado de esto, no podría demandar la adecuación o terminación de un Tratado en por violación al artículo 64 de la CVDT. Situación particular se presenta en los casos de Estados *suspendidos* en virtud del artículo 5 de la Carta ONU, puesto que, durante dicha suspensión, pueden ser demandados pero no pueden demandar ante la CIJ y, por tanto, tampoco son parte del Estatuto ni han optado según el artículo 93. 2 de la Carta a serlo. Como solución viable a esta situación en la que Estados no miembro de la ONU puedan acceder a la CIJ, el artículo 35. 2<sup>498</sup> del Estatuto de la CIJ permite que el CSNU establezca las condiciones necesarias para dicho acceso.<sup>499</sup>

---

<sup>493</sup> Vid. Capítulo II, I.2.B. *Reconocimiento de la competencia jurisdiccional para conocer y valorar las violaciones de normas imperativas cometidas en un territorio específico cuando se adopta un determinado instrumento legal vinculante*; Vid. Capítulo II, I.2.B. *Reconocimiento del ius cogens como causa de nulidad o terminación de un Tratado en el que no existe un elemento legal de vinculante aplicación*

<sup>494</sup> Vid. CIJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, Judgment, 2002, p. 3, § 58; Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, §64; Vid. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, p. 99, §§ 91, 96 y 100.

<sup>495</sup> Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6, p. 32, § 64.

<sup>496</sup> Hasta noviembre de 2015, únicamente un Estado se ha retirado de la ONU: Indonesia, país que ingresó al sistema el 20 de enero de 1965. Sin embargo, el 28 de septiembre de 1966, dicho país se retiró de la ONU como respuesta a la elección de Malasia como miembro no permanente del CSNU.

<sup>497</sup> Vid. Art. 6 de la Carta ONU

<sup>498</sup> Dicho artículo reza de la manera siguiente: “[l]as condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a otros Estados serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los tratados vigentes, pero tales condiciones no podrán en manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad ante la Corte”.

<sup>499</sup> El 15 de octubre de 1946, el CSNU adoptó la Resolución Núm. 9, en la cual fija las condiciones generales para acceder a la CIJ, para aquellos Estados no parte del Estatuto. Dicha instrumento fue invocado por primera vez en el asunto *Monetary Gold*

En relación con todo lo anterior anterior, vemos que además de la CIJ, otros tribunales internacionales -e.g. la Corte EDH-<sup>500</sup> y órganos judiciales a lo interno de los Estados -e.g. la Corte de Apelación de Ontario<sup>501</sup> y la Cámara de los Lores del Reino<sup>502</sup>- han asumido el criterio de limitar la legitimidad procesal activa de los Estados, sin importar que exista una vulneración a normas de *ius cogens*. Con esto se demuestra que pese a que un Estado se vea directamente afectado por un Tratado que violenta una norma imperativa sobbrevenida, la terminación del Tratado en los términos del artículo 64 de la CVDT podría nunca llegar a concretizarse.

## ii. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE TERCEROS ESTADOS AJENOS AL TRATADO

Situación distinta puede presentarse cuando analizamos la legitimidad activa de terceros Estados en materia determinación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT. Sobre este asunto, al identificar las obligaciones *erga omnes* con el mantenimiento de valores fundamentales de la comunidad internacional, IDI (Cracovia, 2005) propone que cualquier sujeto de Derecho Internacional (tratándose de una norma de Derecho Internacional general) o cualquier Estado parte (en un tratado multilateral) pueda reclamar del infractor -aunque no se haya visto afectado en sus intereses particulares- la cesación del ilícito en cuestión y la reparación debida al Estado, entidad o individuo especialmente afectado. Esta posibilidad incluye, en caso de existir una base jurisdiccional oportuna, ejercitar la pertinente acción judicial internacional (*ius standi*) y, si las reglas estatutarias lo permiten, intervenir en los procedimientos abiertos que ya existan. Asimismo, debemos precisar que si estamos ante la violación grave de una obligación *erga omnes*, todos los Estados a los que es debida -sostiene el IDI- han de esforzarse para poner fin a dicha situación por medios lícitos de conformidad con la Carta ONU, no reconociendo como legal la situación creada y pudiendo adoptar contramedidas no coercitivas bajo las mismas condiciones aplicables a los Estados especialmente afectados por la violación.<sup>503</sup> Evidentemente, “sin el *locus standi* in

---

case (1954). Vid. CIJ, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy vs. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Preliminary Question, Judgment, 1954, p. 21.

<sup>500</sup> Vid. Corte EDH, *Al-Adsani vs. United Kingdom*, Grand Chamber, 2001, §§60, 66.

<sup>501</sup> Vid. Court of Appeal for Ontario, *Bouzari vs. Islamic Republic of Iran*, C38295, 2004.

<sup>502</sup> Vid. UKHL, *Jones vs. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, UKHL 16, 14 June 2006, §§ 44-45 (*per* Lord Hoffmann).

<sup>503</sup> Vid. REMIRO BROTONS, A. (2007): *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 73-74.

*judicio* de ambas partes cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos.”<sup>504</sup>

Al hilo de lo anterior, debemos señalar que del *obiter dictum* del referido asunto Barcelona Traction (1970), la CDI dedujo que el Estado que infringe una de esas obligaciones de carácter *erga omnes* compromete su responsabilidad internacional no sólo frente al Estado que la sufre directamente, sino también frente a los otros miembros de la comunidad internacional, lo que legitima a cualquier de ellos a exigir su cumplimiento.<sup>505</sup> Ello confirma, sin duda alguna, la validez de las premisas contenidas en el párrafo anterior.

Ahora bien, siendo así las cosas, es necesario cuestionarse lo siguiente: ¿este *actio popularis* expresa automáticamente el *ius standi* de una acción judicial internacional? En un sistema ideal, este derecho debería incluir -como ya se anticipó- el acceso ante un órgano jurisdiccional y, si las reglas estatutarias lo permiten, la posibilidad de intervenir en procedimientos ya abiertos. La realidad, sin embargo, es otra respecto a quien se le reconoce el *ius standi* para acudir a los tribunales para procurar el cumplimiento de una obligación internacional, aún en materia de normas imperativas.<sup>506</sup>

Con ocasión a esto, se hace imprescindible entonces determinar las diversas formas que, a la fecha podemos extraer del Derecho internacional en lo relativo a las formas de participación que poseen los

---

<sup>504</sup> Vid. Corte IDH, *Castillo Páez vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Serie C No. 24, 30 de enero de 1996, §§ 14-17; Vid. Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 25, 31 de enero de 1996, §§ 14-17; Cfr. Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Op. Cit., Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 38.

<sup>505</sup> Sobre el tema, véase el artículo 48 del Proyecto CDI-Estado (2001) y, en el mismo sentido, lo indicado por el IDI (Cracovia, 2005), donde propuso que cualquier sujeto de Derecho Internacional -tratándose de una norma internacional- o cualquier Estado parte -en un Tratado multilateral-, pueda, aunque no se haya visto afectado en sus intereses particulares, reclamar al infractor la cesación del ilícito y que se le repare por la comisión del hecho en cuestión.

<sup>506</sup> En efecto, la CDI abandonó expresamente la perspectiva que había sostenido durante la primera lectura del Proyecto de Artículos CDI Estados (1985), que incluía entre los Estados lesionados a cualquier otro vinculado por una norma que proteja los derechos humanos o a todos en el caso de un crimen de trascendencia universal -cuya prohibición para cometerlo es una norma de *ius cogens*-. Vid. CDI, vol. II, parte 2, 1985, p. 25 (en primera lectura, art. 40 (2) (e) (iii) y (3) del Proyecto). Incluso bajo esas normas, se sugirió que existían diferencias entre el derecho a tomar medidas de los Estados directamente lesionados y el de los Estados lesionados sólo jurídicamente. Vid. SACHARIEW, K.: “El derecho de los Estados a tomar medidas para aplicar el derecho internacional humanitario” en *RICR*, Vol. 93, mayo-junio de 1989, pp. 189-210. Como contrapartida, se incorporó una norma especial sobre la “invocación de responsabilidad por un Estado distinto de un Estado lesionado”, a fin de cubrir este tipo de situaciones.

terceros no *directamente* afectado frente a la posibilidad de terminar un Tratado conforme el artículo 64 de la CVDT.

**a. LAS DIVERSAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TERCEROS FRENTE AL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT**

Ahora corresponde evaluar en este apartado la manera en la que pueden actuar terceros ajenos a un Tratado que violenta normas imperativas. En este orden de ideas, nos preguntamos lo siguiente: ¿qué sucede cuando es un tercero el que demanda formalmente la terminación de un Tratado que violenta una nueva norma de *ius cogens*? De inmediato lo explicamos.

**(1) LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES FRENTE A DEMANDAS INTERPUESTAS POR TERCEROS**

Existe una tendencia creciente a admitir que un tribunal internacional o nacional debe tener la capacidad de decidir sobre el fondo de lo solicitado y proveer un resultado al recurso interpuesto. Bajo el principio de prohibición del *non liquet* se debe presumir que, utilizando las herramientas interpretativas adecuadas, el tribunal sí puede -y debe- decidir, encontrando la solución oportuna a lo que le ha sido requerido. Fruto de ello e hilando las observaciones anteriores con el objeto del presente estudio, hay que subrayar que las dificultades de interpretación no deben ser una excusa válida para negarse a terminar un Tratado cuando violenta normas de *ius cogens*.

No obstante, debemos recalcar que la mencionada regulación presenta una serie de aspectos que no son -y nunca han sido- suficientemente claros. Sea como fuere, son los tribunales a quienes les corresponde interpretar y esclarecer las dudas o las cuestiones jurídicas que no sean lo suficientemente nítidas.

De todos modos, una cosa es la labor que asumen los órganos judiciales y otra es que actúen de manera apropiada. La Corte IDH, al tratar la obligación que poseen los Estados sujetos a su jurisdicción de consagrar en su ordenamiento jurídico los adecuados y efectivos recursos judiciales contra actos que violen los derechos humanos -reconocidos tanto en la CADH, como en la Constitución y las leyes

internas<sup>507</sup>, ha indicado lo siguiente: serán *adecuados* cuando sean capaces de proporcionar un remedio a las violaciones alegadas<sup>508</sup>; y serán *efectivos* en relación con la capacidad que tengan de tutelar tangiblemente los derechos que se reputan transgredidos.<sup>509</sup> En esta misma línea, el mencionado tribunal ha indicado que “(...) si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo.”<sup>510</sup> Ello nos lleva al principio de *efecto útil* conforme al cual la norma está encaminada a producir un determinado efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o de tal modo que su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.<sup>511</sup>

Así pues, tomando en consideración el contenido de los párrafos anteriores, vemos que la decisión de un caso y su solución pueden no ser la misma cosa, no necesitando la primera de la existencia de la segunda<sup>512</sup>. Lo ideal sería que ambos términos coexistieran con el objetivo de que la decisión que emane de un determinado tribunal contenga una solución apropiada a la controversia del caso en cuestión. Sin embargo, esto no es lo que ocurre en la realidad.

Generalmente, el tribunal ante el que se solicita la terminación de un Tratado que violenta una nueva norma imperativa, valorará su competencia para conocer o no de la misma. En caso de que carezca de alguna de las cuatro mencionadas competencias (*ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione personae* o *ratione temporis*), su margen de maniobra será limitado. Si finalmente decide conocer el caso y juzgarlo podrá ordenar la terminación del acuerdo aunque es posible que el (o los) Estado(s) afectado(s) decida(n), en un momento dado, no dar cumplimiento a la sentencia en cuestión.

---

<sup>507</sup> Vid. Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú*, Fondo, Serie C Núm. 144, 7 de febrero del 2006, § 214.

<sup>508</sup> Vid. Comisión IDH, *Mariblanca Staff Wilson y Oscar E. Ceville vs. Panamá*, Informe 89/03, Petición 12. 303, 22 de octubre del 2003, § 40.

<sup>509</sup> Vid. Comisión IDH, *Carranza vs. Argentina*, Informe Núm. 30/97, Caso 10.807, 30 de septiembre de 1997, §§ 71, 73-75

<sup>510</sup> Cfr. Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 3, 26 de junio de 1987, § 67.

<sup>511</sup> Vid. Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 17, 21 de enero de 1994, §§ 66-67; Vid. Corte IDH, *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 2, 26 de junio de 1987, §§ 87-88; Vid. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C Núm. 4, 29 de julio de 1988, §§ 63-64.

<sup>512</sup> Vid. LAUTERPACH, H. (2004): *International Law: Disputes, War and Neutrality*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 67.



**(i) LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TERCERO INDISPENSABLE AL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT**

En relación con lo anteriormente comentado, es necesario hacer hincapié en la teoría del *tercero indispensable* conforme a la cual se afirma que el tribunal encargado de conocer un caso no puede dictar una decisión sin que un tercer Estado se vuelva parte del proceso. La situación aquí es que los derechos u obligaciones de ese tercer Estado constituyen el objeto mismo del diferendo sometido por otros Estados ante una corte o tribunal.<sup>513</sup> Por lo tanto, no basta el consentimiento de las partes que sometieron el diferendo al tribunal para fundar su competencia sobre los derechos y obligaciones de un tercero que no ha consentido dicha competencia, en la medida que la importancia del citado tercero es tal que el objeto de la demanda obliga a este órgano judicial a decidir sobre sus intereses.<sup>514</sup>

Aplicando la premisa anterior al caso que nos ocupa, la CIJ afirma que no puede decidir sobre la licitud de un comportamiento -lo cual sería terminar o no un Tratado por violentar una nueva norma imperativa- cuando, para tomar tal decisión, deba valorar la actuación de un tercero que no es parte de la solicitud de terminación. Podríamos afirmar que todo se resume en el denominado “interés legítimo”<sup>515</sup>. En efecto, según el artículo 42 del Proyecto CDI (2001), “[u]n Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente”. Expresamente, la CDI indicó que para que un Estado posea legitimidad procesal activa debe tener “(...) un derecho que le haya conferido específicamente un tratado, o bien debe ser considerado como Estado lesionado.”<sup>516</sup> Así las cosas, en virtud del artículo 64 de la CVDT, parece que sólo será posible terminar el acuerdo si las partes no lo han adecuado a la nueva norma imperativa.

---

<sup>513</sup> Vid. IDI, Resolución del 24 de agosto de 199, § 19.

<sup>514</sup> Vid. CIJ, *East Timor (Portugal vs. Australia)*, 1995, p. 90, 105, § 35; Vid. CIJ, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy vs. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Preliminary Question, Judgment, 1954, p. 19, p. 32; Vid. CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru vs. Australia)*, Preliminary Objections, p. 240, p. 261, § 55.

<sup>515</sup> Cfr. DE HOOG, A. (1996): *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Netherlands, Kluwer Law International,, pp. 10-15.

<sup>516</sup> Cfr. CDI, *Proyecto CDI Estado (2001)*, p. 320 (§ 2 sobre el art. 42), nota 703.

**(ii) BENEFICIOS O PERJUICIOS CONCEDIDOS POR  
TERCEROS ESTADOS A TRAVÉS DE UN TRATADO**

Hay consenso en que un Tratado no puede generar obligaciones sobre un sujeto de Derecho Internacional que no es parte del mismo. Para el tercero, el Tratado es *res inter alios acta*.<sup>517</sup> Sin embargo, en el caso de querer imponer obligaciones a terceros Estados, los artículos 35 y 36 de la CVDT establecen que es necesario contar con la intención de las partes a la hora de otorgar tal beneficio y de que las mismas sean aceptadas por escrito por parte del tercer Estado.

Así las cosas, para aplicar los citados preceptos legales es necesario cumplir con dos aspectos fundamentales, derivados de los artículos 35 y 36 de la CVDT, a saber: a) que exista una verdadera intención de las partes de conferir el referido derecho a un tercer Estado, a unos cuantos Estados o a todos los Estados; y b) que medie consentimiento del tercer Estado (que se presumirá salvo indicación en contrario). Sólo así se podrán crear derechos a favor de un tercer Estado y no meros beneficios.

Además, conviene apuntar que es posible conferir beneficios a favor de un tercero, sin que se convierta en parte de un determinado acuerdo. Ello sucede cuando se presume su asentimiento mientras no indique lo contrario o el Tratado disponga algo distinto. En este sentido, en el caso *German Interest in Polish Upper Silesia Case* (1926), la CPJI observó que “un Tratado sólo crea un régimen jurídico entre los Estados partes del mismo; en caso de duda, de dicho Tratado no puede deducirse derecho alguno a favor de terceros Estados.”<sup>518</sup> En cualquier caso, muchos ejemplos aparentes de *stipulations pour autri* son falsos al ser el Estado en cuestión verdadera parte del Tratado. Este mismo criterio fue reafirmado posteriormente por la CPJI en el caso *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex Case* (1932).<sup>519</sup>

---

<sup>517</sup> Vid. CPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, Series A/B Núm. 46, 1932, p. 141.

<sup>518</sup> La traducción es nuestra. En palabras exactas de la CPJI se afirmó lo siguiente: “In the Court's opinion, there has been no subsequent tacit adherence or accession on the part of Poland to the Armistice Convention or Protocol of Spa. It has been argued that this was brought about as a result of the declarations of *de jure* recognition of Poland made by the Allied Powers and by Germany during the peace negotiations or in the Peace Treaty; but the instruments in question make no provision for a right on the part of other States to adhere to them. It is, however, just as impossible to presume the existence of such a right-at all events in the case of an instrument of the nature of the Armistice Convention-as to presume that the provisions of these instruments can *ipso facto* be extended to apply to third States. A treaty only creates law as between the States which are parties to it : in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States.” [Subrayado nuestro] Cfr. CPJI, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Judgment, Serie A, Núm. 7, 25 May 1926, pp. 28-29.

<sup>519</sup> Vid. CPJI, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, Series A/B Núm. 46, 1932, p. 147.

### (iii) BENEFICIOS O PERJUICIOS CONCEDIDOS A TERCEROS A TRAVÉS DE UNA SENTENCIA

Como evaluamos en el caso apartado anterior, aquí también debemos partir de la premisa de que la sentencia es, en principio, únicamente obligatoria para las partes en el juicio. Sin embargo, parte de la doctrina advierte la posibilidad de que sentencias de la CIJ produzcan efectos jurídicos o fácticos, susceptibles de causar beneficios o perjuicios a terceros ajenos al *diferendo* en cuestión. Así las cosas, todo indica que aun cuando una sentencia no es obligatoria para terceros Estados puede, *de jure* o *de facto*, perjudicar su posición. En definitiva, una decisión podría conceder un peso apreciable a una parte en una disputa y debilitar, por otro lado, la posición de un tercer Estado.<sup>520</sup> Ello, ocasiona beneficios o perjuicios al originar efectos materiales y no netamente jurídicos a terceros Estados no son partes de una controversia.

Siendo así las cosas, conviene apuntar que con ocasión a lo que hemos podido extraer de la experiencia internacional, las sentencias pueden afectar de manera positiva o negativa terceros Estados de cuatro grandes maneras:

1. Sentencias que contribuyen al desarrollo del Derecho Internacional en general, como es el caso del reconocimiento de obligaciones *erga omnes*<sup>521</sup> o, más concretamente, el reconocimiento de normas imperativas.

---

<sup>520</sup> Vid. BERNHARDT, R., “Article 59”, en ZIMERMANN, A., TOMUSCHAT, C. et OELLERS-FRAHM, K. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1249. Allí, el referido autor indica lo siguiente: “[E]ven if a judgment is not binding for third States, it can legally or factually prejudice the position of the third State. The decision might give considerable weight to the position of one party to the dispute and weaken the position of a third State.”

<sup>521</sup> Entre estas obligaciones, la mayoría relacionada a crímenes de trascendencia universal y al Derecho Internacional humanitario, podemos mencionar las siguientes: a) prohibición del genocidio, de los actos de agresión, protección contra la esclavitud y la discriminación racial (Vid. CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 1970, p. 33, §§ 34-35); b) los derechos y obligaciones emanadas de la Convención sobre Genocidio de 1948 (Vid. CIJ, *Application of the Convention and the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1996, p. 616, § 31) y la prohibición misma de cometer genocidio (Vid. CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, pp. 31-32, § 64); c) las normas relativas al Derecho Internacional humanitario (Vid. CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, p.

2. Sentencias que definen los límites jurídicos, territoriales o temporales de un derecho, como es el caso de delimitaciones geográficas -marítimas, terrestres, adjudicación de territorios, etc-, o reconocimiento de una determinada nacionalidad.
3. Sentencias que interpretan un Tratado multilateral o ciertas disposiciones de éste de manera general, siendo indiferente la participación o no de otros Estados partes, ya que lo interpretado por el tribunal debería aplicar por igual a todos los demás Estados.<sup>522</sup>
4. Sentencias donde un tercer Estado (o terceros Estados) ha(n) intervenido a causa de poseer un interés legítimo y jurídicamente protegido, quedando finalmente afectado por las mismas.<sup>523</sup>

En cualquiera de estos casos, vemos que existe una parte “victoriosa” y otra “perdedora”. No obstante, una tercera parte puede estar afectada -o un tercero podría servirse de tal sentencia- cuando, por ejemplo, se reconoce la existencia de un derecho que pueda ser reclamado por otros o cuando se ha reconocido una obligación *erga omnes* cuyo incumplimiento ha sido considerado como un hecho internacionalmente ilícito. Como vemos, de ser dictada una decisión conforme el artículo 64 de la CVDT, la misma podría estar generando efectos beneficiosos o perjudiciales producto del nacimiento o reconocimiento de derechos y obligaciones surgidos a partir de esta sentencia.

#### (iv) LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES FRENTE A “DENUNCIAS” REALIZADAS POR TERCEROS Y SU RELACIÓN CON LAS FIGURAS DE *AMICUS CURIAE* Y COADYUVANCIA

Otra de las opciones que existen a la hora de reclamar la justiciabilidad de una nueva norma de *ius cogens* frente a un Tratado que la infringe es hacer uso de la figura denominada por la CDI como “denuncia”. Con respecto a esta cuestión, el Proyecto CDI (2001) indica que: “[l]os Estados tienen

---

199, § 155); y, como último ejemplo, el derecho a la auto determinación de los pueblos (*Vid. CIJ, East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, 1995, p. 102, § 29).

<sup>522</sup> *Vid. CIJ, Avena and others Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)*, Judgment, 2004, pp. 69-70, §151; *Vid. CIJ, LaGrand (Germany vs. United States of America)*, Judgment, 2001, *Declaración del Presidente Guillaume*, p. 517.

<sup>523</sup> *Vid. BERNHARDT, R., op. cit.*, p. 1247.

derecho a denunciar la complicidad en el comportamiento ilícito de otro Estado aunque ningún tribunal internacional tenga competencia para pronunciarse sobre la acusación, ya sea en absoluto como en ausencia del otro Estado.”<sup>524</sup>

Así pues, a través de esta herramienta cualquier Estado puede denunciar un Tratado toda vez que tenga conocimiento de que vulnera una nueva norma imperativa. No obstante, esta posibilidad, un tanto limitada, representa no más que un *amicus curiae* o, a lo sumo, una coadyuvancia. Efectivamente, ambas figuras adolecen de ciertas restricciones que demuestran que el Derecho Internacional no dispone del mecanismo legal adecuado para articular la legitimidad procesal activa de sujetos ajenos a un Tratado que violenta normas imperativas.

Siendo así las cosas, sobre el *amicus curiae* debemos mencionar una serie de artículos relevantes como sin duda son los siguientes: el artículo 62<sup>525</sup> del Estatuto CIJ, el artículo 2<sup>526</sup> del Reglamento de la Corte IDH, el artículo 36<sup>527</sup> del CEDH y la Regla 103<sup>528</sup> de las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma de la CPI. Asimismo, debemos tener en cuenta que dicha figura es definida por la Corte IDH como “(...) presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma.”<sup>529</sup> En similares términos se ha referido la doctrina, precisando que dicha

---

<sup>524</sup> Cfr. Proyecto CDI Estado (2001), § 11 del comentario al artículo 16, p. 159.

<sup>525</sup> “Art. 62.- 1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir; 2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición”.

<sup>526</sup> “Art. 2.- La expresión ‘*amicus curiae*’ significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

<sup>527</sup> “Art.36- Intervención de terceros. 1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista; 2. En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.”

<sup>528</sup> “Regla 103.- *Amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones. 1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente; 2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1; 3. La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones”.

<sup>529</sup> Cfr. Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo del 2008, p. 16; Cfr. Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto del 2008, p. 14.

intervención debe ser autorizada para participar en el procedimiento contencioso o *consultivo*<sup>530</sup> “(...) con el propósito de ofrecer información, o de argumentar en defensa del interés general a fin de que, más allá de los intereses de las partes, éste también pueda ser considerado por la Corte, o para desarrollar los argumentos jurídicos de una de las partes.”<sup>531</sup>

De todo ello, “(...) pueden identificarse una serie de rasgos comunes a esta institución procesal en el derecho comparado. En primer lugar, el órgano jurisdiccional competente posee una facultad discrecional para admitir las alegaciones efectuadas por un particular en calidad de *amicus curiae*. Segundo, el interviniente debe poseer un interés distinto al que presentan las partes en la controversia,

---

<sup>530</sup> Bastan los ejemplos que demuestran la posibilidad del acceso del *amicus curiae* en la fase consultiva, a saber: Vid. Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A Núm. 1, 24 de septiembre de 1982, § 5; Vid. Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A Núm. 2, 24 de septiembre de 1982, § 5; Vid. Corte IDH, Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, Serie A Núm. 3, 8 de septiembre de 1983, § 5; Vid. Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-5/85, Serie A, 13 de noviembre de 1985, § 5; Vid. Corte IDH, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A Núm. 6, 9 de mayo de 1986, § 4; Vid. Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, Serie A Núm. 7, 29 de agosto de 1986, § 5; Vid. Corte IDH, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, Serie A Núm. 8, 30 de enero de 1987, § 5; Vid. Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, Serie A Núm. 9, 6 de octubre de 1987, § 8; Vid. Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A Núm. 10, 14 de julio de 1989, § 7; Vid. Corte IDH, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A Núm. 14, 9 de diciembre de 1994, § 8; Vid. Corte IDH, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97, Serie A Núm. 15, 14 de noviembre de 1997, § 18; Vid. Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A Núm. 16, 1 de octubre de 1999, §§ 14, 22, 46 y 62; Vid. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A Núm. 17, 28 de agosto del 2002, §§ 9 y 11; Vid. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A Núm. 18, 17 de septiembre del 2003, §§ 14, 18, 27, 28, 29, 30, 36, 38, 39 y 47; Vid. Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05, Serie A Núm. 19, 28 de noviembre del 2005; Vid. Corte IDH, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09, Serie A Núm. 20, 29 de septiembre de 2009, § 8.

<sup>531</sup> Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, H. (2009): *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, Edición III, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica, p. 716.

puesto que asume una condición procesal distinta a la de parte. Y, en tercer lugar, la participación del particular puede adoptar forma escrita u oral. (...)”<sup>532</sup>.

En puridad, la participación del *amicus curiae* consiste en asistir al órgano jurisdiccional que dirime la controversia, no a las partes en la misma, respecto al tema que ya se está ventilando. Dicha colaboración sólo será aceptada dependiendo de su utilidad e idoneidad a la hora de ayudar al órgano judicial correspondiente.<sup>533</sup> Conforme se indicó en 1981, en el asunto *Continental Shelf (Tunisia vs. Libyan Arab Jamahiriya)*, el *amicus curiae* desarrolla una tarea de asistencia que reviste carácter objetivo que no sólo debe ser autorizada por el órgano jurisdiccional que conoce la controversia, sino que además exige la existencia de un vínculo jurisdiccional entre las partes conforme a lo establecido en el Estatuto de la CIJ.<sup>534</sup>

Trayendo a colación las observaciones anteriores y aplicándolas al objeto de nuestro estudio, cabe concluir que si se vulneran nuevas normas de *ius cogens* y, en consecuencia, se pretende la terminación de un Tratado por infringirlas, la justiciabilidad del artículo 64 de la CVDT ejercida por terceros se verá limitada a la competencia de diversos órganos jurisdiccionales. Además, el vínculo jurisdiccional se erige como requisito fundamental a la hora de aceptar la participación de un tercero en calidad de *amicus*

---

<sup>532</sup> Cfr. PASCUAL VIVES, F. J.: “El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional” en *REEL*, Vol. 21, 2011, p. 7.

<sup>533</sup> Vid. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-5/85, Serie A, 13 de noviembre de 1985, § 60; Vid. Corte EDH, *Soering vs. Reino Unido*, 14038/88, 7 July 1989, §§ 8, 101-102; Vid. TPIR, *Prosecutor vs. Yussuf Munyakazi*, ICTR-1997-36-R11bis, Decisión de 18 July 2008; Vid. Corte EDH, *Caso de Muñoz Díaz vs. España*, 49151/07, 8 de diciembre 2009, §§ 6 y 27.

<sup>534</sup> La CIJ afirmó textualmente lo siguiente: “32. Thus, the intervention for which Malta seeks permission from the Court would allow Malta to submit arguments to the Court upon concrete issues forming an essential part of the case between Tunisia and Libya. Malta would moreover do so, not objectively as a kind of *amicus curiae*, but as a closely interested participant in the proceedings intent upon seeing those issues resolved in the manner most favourable to Malta. Nor would it be the object of Malta’s intervention at the same time to submit its own legal interest in the subject-matter of the case for decision as between itself and Libya or as between itself and Tunisia in the present proceedings. Malta, in short, seeks permission to enter into the proceedings in the case but to do so without assuming the obligations of a party to the case within the meaning of the Statute, and in particular of Article 59 under which the decision in the case would hereafter be binding upon Malta in its relations with Libya and Tunisia. If in the present Application Malta were seeking permission to submit its own legal interest in the subject-matter of the case for decision by the Court, and to become a party to the case, another question would clearly call for the Court’s immediate consideration. That is the question mentioned in the *Nuclear Tests* cases, whether a link of jurisdiction with the parties to the case is a necessary condition of a grant of permission to intervene under Article 62 of the Statute. Indeed, it was suggested by Libya and Tunisia that the limit placed by Malta on the object of its intervention is to be explained by its desire to avoid, or minimize, the question of a need for a jurisdictional link with the Parties.” [Subrayados nuestros] Vid. CIJ, *Continental Shelf (Tunisia vs. Libyan Arab Jamahiriya)*, Application to Intervene, Judgment, 1981, p. 3, pp. 18-19, § 32.

*curiae*; cuestión no aplicable a otras figuras como la de la *coadyuvancia*, reconocida en el artículo 40<sup>535</sup> del Estatuto del TJUE, el cual autoriza la intervención de terceros -ya sean personas físicas o jurídicas- en los procedimientos contenciosos presentados ante dicho tribunal. Parece entonces que a través de esta última figura, el acceso de un tercero al TJUE para intervenir en un proceso de terminación de un Tratado que infringe una nueva norma de *ius cogens* es tanto *exigible* como *justiciable*.

Sin embargo, en cualquiera de los dos casos -ya sea a través del *amicus curiae* o de la *coadyuvancia*- existen elementos comunes que impiden la justiciabilidad del artículo 64 de la CVDT a favor de un tercero ajeno al Tratado que vulnera la normativa imperativa, a saber: (i) debe existir una controversia principal; (ii) debe haber un tribunal que haya sido previamente designado para conocer del diferendo; (iii) debe tratarse de un tercero ajeno al caso que no ha sido afectado; y, (iv) por ser un tercero ajeno, los datos e informaciones que aporte solo tendrán carácter referencial y no serán vinculantes para el juez.

Como consecuencia de estos cuatro elementos, nos vemos forzados a concluir que la *justiciabilidad* del artículo 64 de la CVDT no puede ser reclamada por un tercero ante una jurisdicción que le es completamente ajena. En suma, es imposible por parte de un tercero requerir la terminación de un Tratado si las verdaderas partes no han solicitado la terminación del mismo por violar una norma de *ius cogens*. Así pues, el *amicus curiae* y la *coadyuvancia* son percibidas como “colaboraciones” que pretenden apoyar al tribunal con nuevos elementos sobre el caso que no han sido advertidos por éste o que no han sido aportados por las partes para la solución de la controversia. Reconocemos que aunque dicho órgano judicial tiene capacidad para emitir una sentencia, puede alegarse que dicha decisión nace revestida de nulidad porque su contenido sería *ultra petita* o *extra petita*.<sup>536</sup> Ejemplo de esto podría ser que

---

<sup>535</sup> Esta disposición legal reza de la manera siguiente: “Art. 40.- Los Estados miembros y las instituciones de la Unión podrán intervenir como coadyuvantes en los litigios sometidos al Tribunal de Justicia. El mismo derecho tendrán los órganos y organismos de la Unión y cualquier otra persona siempre que puedan demostrar un interés en la solución de un litigio sometido al Tribunal de Justicia. Las personas físicas y jurídicas no podrán intervenir en los asuntos entre los Estados miembros, entre instituciones de la Unión, o entre Estados miembros, por una parte, e instituciones de la Unión, por otra (...)”.

<sup>536</sup> Vid. CPJI, *Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion, 1931, Series A/B, p. 37, Individual Opinion by M. Anzilotti, p. 69.



las partes hayan pedido al tribunal interpretar si una norma es o no imperativa y que, a raíz de ello, ordene la terminación del Tratado que los vincula en virtud del artículo 64 de la CVDT.<sup>537</sup>

Ahora bien, aclarada que la *justiciabilidad* del artículo 64 de la CVDT no puede ser reclamada por un tercero ante una jurisdicción que le es completamente ajena, ¿podría un Estado asumir unilateralmente las obligaciones emanadas de una sentencia de terminación, dictada como consecuencia de un proceso en el que no fue parte? Sin dudas, el derecho de todo Estado en implementar internamente obligaciones que no son suyas, es una facultad que incluso no dependerá para su ejercicio del Derecho Internacional, sino solo del pleno ejercicio de su soberanía. Así las cosas, estas “obligaciones” de terceros, no son para estos Estados más que principios o criterios sin valor vinculante alguno y, se convertirán para ellos en verdaderas obligaciones cuando estos las hayan implementado a través de los medios que su ordenamiento jurídico permita.

Vale aclarar, sin embargo, que el hecho que un tercer Estado declare unilateralmente que asumirá las obligaciones de otros Estados, esto no lo convertirá en parte del proceso.<sup>538</sup> De hecho, la única excepción a ser parte interviniente obligada por voluntad propia está establecida en los artículos 62 y 63 del Estatuto de la CIJ, dicho tribunal permitirá la intervención de un tercer Estado en los siguientes casos: “si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio” (artículo 63) y en el caso de una disputa entre dos Estados relativa a la interpretación de una o varias cláusulas de un tratado multilateral (artículo 63).

Para iniciar, es importante aclarar que la intervención de un tercer Estado en un proceso en alguna de las modalidades descritas en el artículo 62 y 63 de la CIJ, debe ser formalmente decidida por la CIJ.

---

<sup>537</sup> En efecto, una decisión *ultra petita* en una controversia sería cuando el tribunal falle otorgando más de lo pedido por las partes originarias en el proceso, en virtud de una solicitud realizada por un *amicus curiae* o un coadyuvante. *Extra petita*, por otro lado, es que se falle completamente diferente a lo solicitado por las partes envueltas, alterando los términos en los que las partes situaron la controversia. Podríamos mencionar como ejemplo la posibilidad que tienen las partes para someter una controversia por conflictos de su plataforma continental o de carácter fronterizo.

<sup>538</sup> De manera expresa, la CIJ indicó en el asunto *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (1992) lo siguiente: “A non-party to a case before the Court, whether or not admitted to intervene, cannot by its own unilateral act place itself in the position of a party, and claim to be entitled to rely on the judgment against the original parties.” Vid. CIJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, 1992, p. 610, § 424.

Consecuencuentemente, una vez dicho tribunal falle reconociéndole derechos a este tercer Estado en participar en una controversia, tal decisión es definitiva y vinculante.<sup>539</sup>

Ahora bien, en el caso de la intervención de un tercer Estado en virtud del artículo 62 del Estatuto de la CIJ, aún no se tiene completamente claro si dicho Estado, cuando tenga un vínculo jurisdiccional con los demás Estados que originalmente dieron inicio al proceso, deberá ser considerado como parte del mismo y, como resultado de esto, si la sentencia que será dictada se considerará también vinculante para éste. Asimismo, en cuanto al artículo 63 del Estatuto de la CIJ, ni el Estatuto ni el Reglamento se refieren al Estado interviniente como parte del litigio, pero se deduce claramente que si dicho Estado decide “ejerce[r] ese derecho [a intervenir], la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él”, es como consecuencia lógica de haber adquirido la calidad de Estado parte en la controversia.

Es este mismo criterio, pues, el que entendemos que asumió la CIJ en su opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2007)<sup>540</sup>, a partir del cual un Estado que haya decidido ejercer la facultad de hacer una reserva no siendo parte en un Tratado, deberá asumir también las obligaciones que se deriven del mismo. En suma, una vez un Estado pretende ser sujeto de derechos, deberá ser sujeto de las obligaciones pertinentes. En tal virtud, sea los escenarios plasmados en los artículos 62 ó 63 del Estatuto de la CIJ, una vez el tercer Estado haya decidido intervenir y pretenda de su participación derivar derechos, tal pretensión deberá ser siempre a partir de la premisa que asumirá obligaciones. Por todo ello, la sentencia que sea dictada en un proceso en virtud del artículo 64 de la CVDT y donde hayan intervenido terceros Estados, será obligatoria para todos los Estados envueltos en el litigio.

---

<sup>539</sup> Así lo ha reconocido la CIJ en su sentencia *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2007) cuando afirmó lo siguiente: “[h]owever fundamental the question of the capacity of States to be parties in cases before the Court may be, it remains a question of determined by the Court, in accordance with Article 36, paragraph 6, of the Statute, and once a finding in favour of jurisdiction has been pronounced with the force of res judicata, it is not open to question or re-examination, except by way of revision under Article 61 of the Statute.” Cfr. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 2007, §138. Asimismo, el alcance de la cosa juzgada se extiende a los terceros posibles o deseosos de intervenir, en cuanto que no pueden, una vez la sentencia sea firme, intentar intervenir. Vid. CIJ, *Haya de la Torre Case (Colombia vs. Perú)*, Judgment, 1951, p. 76.

<sup>540</sup> Por favor refiérase a nuestras explicaciones en: Capítulo III, II.1.A, iii. a. (i) *Las reservas realizadas por terceros Estados*

Por lo tanto, podemos indicar que en el Derecho Internacional no existe, a día de hoy, una figura procesal que autorice a terceros a solicitar la terminación de un Tratado en los términos que hemos esbozado pero si es posible que puedan intervenir en procesos ya iniciados, pudiendo incluso convertirse en verdaderas partes en la controversia. Consecuentemente, la etapa actual de la regulación internacional nos impide concluir, pues, que procesalmente hay reconocimiento de terceros para actuar en este ámbito más que en los términos que hemos expresado.

## **B. LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA DE LOS SUJETOS ATÍPICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Los Estados tienen capacidad para ser partes desde el momento en que el Derecho Internacional le atribuye subjetividad internacional hasta su desaparición como tal. Pero ¿quién determina cuál Estado o cuál otro actor tendría la capacidad de demandar ante un tribunal internacional la terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDI, habida cuenta que las normas de *ius cogens* generan obligaciones *erga omnes*?

A raíz del desarrollo y evolución del Derecho Internacional, diversos actores han surgido como miembros activos de la comunidad internacional con posibilidad de actuar jurídicamente, sin necesidad de obtener el consentimiento estatal para ello. Al hilo de lo anterior, recordemos que la noción de “víctima” sigue evolucionando en el ámbito del Derecho Internacional a niveles tales que se ha llegado a considerar que todos los afectados –sean sujetos típicos y atípicos-, deben ser considerados como tales.

Sin duda, pues, la participación de los sujetos atípicos en el Derecho Internacional –tales como las organizaciones internacionales y, más recientemente, de entidades de la sociedad civil internacional<sup>541</sup> y

---

<sup>541</sup> En el asunto *Case Concerning Pulp Mills on The River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)* (2010) de la CIJ, el juez Cançado Trindade en su voto disidente expuso lo siguiente: “171. The fact that NGOs and other entities of civil society have marked their presence in the very origins and in the course of the present Pulp Mills case, is in my view yet another confirmation that, in the present domain of protection, NGOs and other entities of the civil society have, in the last decades, indeed contributed to awaken the environmental awareness also of States themselves, to crystallize the principles of prevention and of precaution, and to shape the *opinio iuris communis* as to environmental protection. This is a domain which surely transcends the traditional inter-State dimension. And States have benefitted from such contribution of NGOs and other entities of civil society, to the ultimate benefit of their populations” Cfr. CIJ, *Case Concerning Pulp Mills on The River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, Judgment, 2010, separate opinion of Judge Cançado Trindade, § 171.

de los individuos<sup>542</sup>-, constituye hoy uno de los trazos más marcados de esta evolución. Así las cosas, en materia de derechos humanos, por ejemplo, se afirma que “(...) puesto que todas y cada una de esas normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, obligaciones frente a la comunidad internacional cuyo cumplimiento debe ser exigido por todos los sujetos de su ordenamiento y en particular por todos los Estados, también todos éstos pueden *invocar* tal responsabilidad internacional y, en el supuesto de haber sido individualmente ‘lesionados’, exigir una reparación plena.”<sup>543</sup>

Esta expansión de la personalidad jurídica de los miembros de la comunidad internacional y, de manera particular, la oportunidad de acudir a los tribunales en procura de la *justiciabilidad* de un derecho o una obligación, es especialmente relevante para este apartado en la medida que se vislumbra la posibilidad de que actores distintos a los Estados -sujetos atípicos- puedan solicitar la adecuación o terminación de un Tratado que contrevenga una norma imperativa sobrevenida. No estamos hablando, pues, sobre quien tiene la capacidad de adecuar y terminar el Tratado una vez ordenada mediante sentencia –tema éste desarrollado en un apartado anterior -<sup>544</sup> sino que ahora nos cuestionamos lo siguiente: ¿la capacidad legal de interponer acciones en virtud del artículo 64 de la CVDT se extiende a los sujetos atípicos del Derecho Internacional, tales como los individuos, la sociedad civil internacional o el CSNU -como organización internacional-?

Para iniciar nuestro análisis, debemos partir de lo indicado por el artículo 34.1 del Estatuto de la CIJ y reafirmado consistentemente por dicho tribunal en su jurisprudencia, el cual indica que sólo los Estados pueden ser parte de los asuntos contenciosos presentados ante esta jurisdicción.<sup>545</sup> Por otro lado, ni las

---

<sup>542</sup> Existe innumerable doctrina y jurisprudencia que se refiere al tema, sobre todo a partir del reconocimiento que el Derecho Internacional le ha otorgado a los individuos de acudir a los tribunales internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. *Vid.* Capítulo II, II.2.A.ii.b. *Sujetos Atípicos*

<sup>543</sup> *Cfr.* MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “Los Límites de la Noción Formal de Orden Público Internacional” en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 2, Catálogo de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, p. 827.

<sup>544</sup> Por favor diríjase a: Capítulo IV, I. *Órganos Competentes para Declarar la Terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT*

<sup>545</sup> *Vid.* CIJ, *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation (ILO) upon complaints made against the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)*, Advisory Opinion, 1956, p. 85. Asimismo, véase también las opiniones de los jueces Klaestad, Winiarski y Córdoba sobre este asunto. *Vid. Separate Opinión of Judge Klaestad*, p. 109; *Vid. Individual Opinión of Judge Winiarski*, p. 108; *Vid. Dissenting Opinión of Judge Córdoba*, pp. 157-161, 163, 165.

organizaciones internacionales ni los individuos -personas naturales o jurídicas-<sup>546</sup>, ni cualquier otro ente que no sea un Estado reconocido como tal tiene *locus standi* ante la CIJ<sup>547</sup> y, por tanto, sus decisiones no le son vinculantes. En este sentido queda agregar que tanto los individuos, la sociedad civil o las organizaciones internacionales, carecen de la capacidad legal pertinente para interponer la demanda o para reclamar el cumplimiento de una sentencia de la CIJ.<sup>548</sup> Por lo tanto, sólo los Estados -y siempre que hayan aceptado la competencia de la CIJ- podrán acudir a dicho tribunal para que sea ordenada la adecuación del Tratado o su formal terminación en virtud de las disposiciones del artículo 64 de la CVDT.

Sumado a estas explicaciones que parten de la base del Derecho Internacional general, podemos acudir también de manera específica al Derecho de los Tratados para encontrar otros argumentos que expliquen por qué solo los Estados poseen la legitimidad procesal activa para demandar la adecuación o

---

<sup>546</sup> A pesar de la claridad del Estatuto de la CIJ y su Reglamento en lo relativo a que solo Estados pueden acudir a dicho órgano judicial para dirimir sus conflictos, éste recibe miles de solicitudes de personas físicas y morales. Al inicio de la CIJ, se recibía un limitado número de solicitudes de individuos (*Vid. ICJ Yearbook 1947-1948*, p. 45; *ICJ Yearbook 1948-1949*, p. 42; *ICJ Yearbook 1949-1950*, p. 45). Sin embargo, este número se multiplicó hasta recibir miles de solicitudes por año. Por ejemplo, en lo que respecta a los períodos 2000-2001 y 2006-2007, se reportaron más de 2000 solicitudes en cada una de ellos (*Vid. ICJ Yearbook 2000-2001*, p. 316 y *Vid. ICJ Yearbook 2006-2007*, p. 296). Sobre el tema, véase KOLB, R., *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, pp. 267-268. Asimismo, ver lo expuesto por ROSENNE en lo que concierne a la capacidad de los individuos ante la CIJ. *Vid. ROSENNE*, Sh., "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", en *An International Law Miscellany*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 111-123.

<sup>547</sup> Una distinción que es justo realizar -y así se hizo en el Estatuto de la CIJ- es la de diferenciar la competencia consultiva de la competencia contenciosa de este tribunal. En cuanto a esta última, solo los Estados tienen la capacidad de activarla pero, en lo que se refiere a la posibilidad de solicitarle a la CIJ una opinión consultiva, el Estatuto de la CIJ (artículo 66) y el Reglamento (artículos 103, 104 y 109) permite que las organizaciones internacionales también puedan hacerlo -además de los Estados-.

<sup>548</sup> Existen varios casos de jurisdicciones domésticas donde, un individuo solicita a un tribunal interno que le de cumplimiento a una sentencia de la CIJ. Por ejemplo, podemos mencionar el caso *Medellin vs Texas* de la Corte Suprema de EEUU, en el que se pretendía que se aplicara la sentencia *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs United States of America)* (2004) de la CIJ en los tribunales de EEUU, alegando que los criterios exbozados en dicha decisión debían ser considerados en ese caso y que dicha sentencia era definitiva y de cumplimiento automático y obligatorio (*self-executing*). La Corte Suprema rechazó tales argumentos, al considerar, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que la sentencia de la CIJ no constituían automáticamente una ley federal que pudiera ser aplicada por los tribunales internos; (ii) que ni el Estatuto de la CIJ ni la Carta ONU estipulan que una sentencia de la CIJ es de naturaleza *self-executing*; (iii) que el poder legislativo, en este caso el Congreso de EEUU, no había aprobado una ley que le otorgara a las sentencias de la CIJ la naturaleza de *self-executing*. *Vid. Corte Suprema de EEUU, Medellin vs Texas*, (552 U.S. 491(2008)) *Certiorari to the Court of Criminal Appeals of Texas*, en *I.L.M.*, vol. 47, 2008, pp. 286-321, Vale resaltar que este mismo criterio ya había sido establecido muchos años antes por el Tribunal de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia, el cual señaló que ni los artículos 92 y 94 de la Carta ONU, ni el artículo 59 del Estatuto de la CIJ, facultan a los ciudadanos residentes en un Estado miembro de la ONU a ejecutar las sentencias de la CIJ contra su propio gobierno. Asimismo, se afirma en esta decisión que no existe un principio de *ius cogens* que proteja a los ciudadanos del daño que pueda resultar de la no ejecución de una sentencia de la CIJ por parte de sus propios gobiernos. *Vid. Tribunal de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia, Committee of United States Citizens Living in Nicaragua vs Reagan*, (859 F. 2d 929), en *I.L.R.*, vol. 85, 1988, pp. 249-273. Asimismo véase Corte Suprema de EEUU, *Sánchez-Llamas vs Oregon* (548 U.S. 331 (2006)), *on writ of Certiorari to the Supreme Court of Oregon* y *Bustillo vs Virginia, on writ of Certiorari to the Supreme Court of Virginia* en *I.L.M.*, vol. 45, 2006, pp. 1213-1214.

terminación de un Tratado. Si bien son los Estados los que suscriben Tratados, los derechos y obligaciones que estos confieren o imponen, son receptados por los individuos que conforman esos Estados.

En efecto, recordemos que los Tratados poseen una base convencional, por lo que son solo los Estados los que poseen la facultad de suscribirlos o denunciarlos. En lo que respecta al primer aspecto, la elaboración de un Tratado se recoge básicamente<sup>549</sup> en las tres fases siguientes: la negociación<sup>550</sup>, la firma<sup>551</sup> y la ratificación<sup>552</sup>. Una vez sea ordenada la adecuación de un Tratado, se iniciará un proceso en el que se deberán negociar los nuevos términos y condiciones, para luego ser firmado. En esta misma línea, debe tenerse presente que la ratificación comprende por regla general una aprobación interna, en la que suelen intervenir los distintos poderes del Estado, esto es, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Así las cosas, una vez firmado el Tratado, éste es remitido al tribunal encargado de fiscalizar su constitucionalidad con el ordenamiento jurídico interno -labor que generalmente le corresponde a los tribunales constitucionales-, para que finalmente el texto sea aprobado a través de una ley por el legislador, y ratificado finalmente por el poder ejecutivo de cada país, con la sanción presidencial.

Es claro, pues, que solo los Estados serán capaces de realizar esta monumental tarea de modificar un Tratado para ir acorde a la norma imperativa sobrevenida. Esto implica que, de manera práctica, de reconocérsele formalmente a otros actores del Derecho Internacional distinto a los Estados la legitimidad procesal activa, la correcta implementación del artículo 64 de la CVDT estará de todos modos condicionada a operar a través de los mecanismos estatales.

---

<sup>549</sup> En la práctica, existen otras etapas durante el proceso de celebración de Tratados que no son formalmente recogidas por la CVDT. Por ejemplo, la firma puede estamparse con un carácter provisional sujeta a confirmación, de ahí las figuras de la rúbrica y de la firma *ad referendum*. Asimismo, en los Tratados multilaterales que nacen de ciertas conferencias internacionales, el texto suele votarse para su adopción incluso antes de la firma (artículos 9.1 y 9.2. de la CVDT). En este mismo sentido, debe tenerse presente que la ratificación comprende por regla general una aprobación legislativa interna.

<sup>550</sup> En la *negociación* las partes establecen los términos y condiciones que regularán sus relaciones, se determina quiénes podrán o no podrán participar en caso que el Tratado sea multilateral y se permita *a posteriori* la adhesión de terceros Estados. Asimismo se deja por escrito el idioma oficial con el cual se suscribirá, las causales de terminación y sí puede ser objeto o no de reservas.

<sup>551</sup> La *firma* es la etapa donde los ministros plenipotenciarios, o cada uno de los presentes, dan su aceptación inicial a lo ya negociado y redactado, sin que esto implique un compromiso formal. Una vez adoptado, pasa autenticarse y, por tanto, ya no podrá ser modificado.

<sup>552</sup> El artículo 2.b de la CVDT indica que la *ratificación* es el acto por medio del cual un Estado expresa internacionalmente su consentimiento en obligarse por un Tratado. No obstante, este proceso podrá variar ateniendo al ordenamiento jurídico de cada Estado.

## 2. LA LEGITIMIDAD PROCESAL PASIVA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT

Al analizar las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona, la Corte IDH ha distinguido dos dimensiones, a saber: (i) una horizontal que se refiere a las obligaciones que afectan a todos los Estados partes y a la comunidad internacional en su conjunto; y, (ii) otra vertical que se refiere a aquellas obligaciones oponibles a todos los individuos, sean agentes del Estado o ciudadanos comunes.<sup>553</sup> Partiendo de tal premisa, a continuación valoraremos quienes poseen legitimidad procesal pasiva en relación con el artículo 64 de la CVDT.

### A. LOS SUJETOS TÍPICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Todos aquellos que han sido parte de un Tratado que ahora violenta el *ius cogens* pueden ser demandados. Consecuencia de ello, es lógico los Estados -sujetos clásicos en el Derecho Internacional- y las organizaciones internacionales podrán ser destinatarios de las obligaciones que emanen de la decisión de terminación de aquél. En el caso particular de las organizaciones internacionales, debemos subrayar que, en los términos del Proyecto CDI-OI, se califica de obligación internacional a aquella que surja “de un tratado a que esté sujeta la organización internacional o de cualquier otra fuente de Derecho Internacional aplicable a la organización.”<sup>554</sup>

Además, debemos añadir que el citado documento considera que toda a “organización instituida por un tratado (...) y dotada de personalidad jurídica internacional propia” podrá imputársele responsabilidad internacional por un hecho que sea ilícito en virtud del Derecho Internacional en ocasión a su acción u omisión respecto a éste o a una obligación internacional de la propia organización.<sup>555</sup> Por tanto, sin duda, todo Estado u organización internacional que sea demandada por violentar las disposiciones del artículo 64 de la CVDT, deberá cumplir con lo ordenado en la sentencia que sea dictada al efecto.

<sup>553</sup> Vid. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho Internacional”, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>554</sup> Cfr. Proyecto CDI-OI, Sesión 55, Comentario al art. 3, § 4, p. 31.

<sup>555</sup> Vid. Art. 1, 2 y 3 del Proyecto CDI-OI

## B. OTROS SUJETOS: TERCEROS AL TRATADO

Tal y como se expone a continuación, existen obligaciones especiales de cooperación que tratan de poner fin a la violación de normas de *ius cogens*. En efecto, “(...) los Estados habrán convenido en no permitir ninguna derogación de esas obligaciones y ante un grave incumplimiento de tal obligación surgen ciertas obligaciones de cooperación.”<sup>556</sup>

Obviamente, no sólo los Estados quedan obligados en cooperar ante la violación de una norma imperativa, sino también las personas o entidades distintas de aquéllos deberán cumplir con los estándares mínimos de convivencia<sup>557</sup>, los cuales se encuentran plasmados a través de normas implícitas de comportamiento. De hecho, aunque el Proyecto CDI Estado (2001) no se ocupa de los derechos que conciernen directamente a personas privadas o entidades distintas de los Estados, reconoce que éstos están obligados a poner fin a una violación de normas de *ius cogens* en la que pueda verse envuelto o involucrado de alguna manera.<sup>558</sup>

En efecto, aunque el artículo 34 de la CVDT recoge el principio de la relatividad de las convenciones y, por lo tanto, los tratados carecen de efectos para terceros Estados, cabe hablar de excepciones cuando éstos, no directamente lesionados en sus derechos por un Tratado que violenta una

---

<sup>556</sup> *Ibidem*.

<sup>557</sup> El magistrado Adatci, en su opinion disidente en la opinion consultiva *Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, de la CPJI indicó lo siguiente: “The difference between alienation of a nation’s independence and a restriction which a State may agree to on the exercise of its sovereign power, i.e. of its independence, is clear. This latter is, for instance, the position of States which become Members of The League of Nations. It is certain that membership imposes upon them important restrictions on the exercise of the independence, without its being possible to allege that it entails an alienation of that independence. Practically, every treaty entered into between independent States restricts to some extent the exercise of the power incidental to sovereignty. Complete and absolute sovereignty unrestricted by any obligations imposed by treaties is impossible and practically unknown. The “alienation” of the independency of a State implies that the right to exercise these sovereign powers would pass to another State or group of States. (...) Consequently it was in the interest of all Parties that no doubt should exist as to Austria’s right to make whatever arrangements would be beneficial to her commerce, but always to the overriding principle that nothing must be done that would imperil her future existence (...)” [Subrayado nuestro] *Cfr.* CPJI, *Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion, 1931, Series A/B, p. 37, Dissenting Opinion by Judge M. Adatci (et al), p. 77, 79.

<sup>558</sup> *Vid.* CDI, 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º período de sesiones, Suplemento n° 10 (A/56/10), pp. 223-224 (§ 3 sobre el art. 38).



nueva norma imperativa, tienen un interés jurídico por ser parte de la comunidad internacional<sup>559</sup>. Esta posibilidad fue recogida en el primer proyecto preparado por la CDI sobre responsabilidad internacional.

Aunque parezca contradictorio, en el asunto *East Timor (Portugal vs. Australia)* (1995), la CIJ utiliza la doctrina del tercero indispensable al afirmar que aunque vulnere obligaciones *erga omnes*, no basta el consentimiento de las partes para fundar la competencia cuando el objeto de la demanda obliga a decidir sobre intereses de un tercero, ausente en un litigio, que no ha consentido dicha competencia. Así, la CIJ reconoce lo limitado de “(...) decidir sobre la licitud del comportamiento de un Estado, cuando tal decisión implicaría valorar la licitud del comportamiento de otro Estado que no es parte en el proceso. Esto implica, que la Corte no puede actuar, incluso, si el derecho en cuestión tiene carácter *erga omnes*.”<sup>560</sup>

Así pues, “(...) si desde el punto de vista formal es claro que las partes no son las mismas, lo juzgado en la instancia internacional puede presentar una coincidencia material, en todo o en parte, con las cuestiones sometidas al juez interno, sin que esta coincidencia se desvirtúe por la pretendida novación sustancial de las pretensiones individuales al ser asumidas por el Estado; no puede ponerse en duda, en efecto, que la sentencia internacional, aun resolviendo una diferencia entre Estados, puede contener juicios jurídicos sobre situaciones que, afectando directamente a personas privadas [o a un tercer Estado o a cualquier otro actor de la comunidad internacional], caen en el ámbito material de la jurisdicción interna, y, en este sentido, puede atribuir derechos subjetivos al individuo, con la única salvedad de que la misma situación se juzga según el Derecho Internacional en un caso y según el Derecho interno en otro.”<sup>561</sup> Siendo así las cosas, una norma con categoría de *ius cogens* es exigible por cualquier tercero aún cuando no se dispongan de los mecanismos previstos por el Derecho de los Tratados.

---

<sup>559</sup> *Ibid*, pp. 44-45.

<sup>560</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) However, the Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*” Cfr. CIJ, *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, 1995, p. 90, p. 102, § 29.

<sup>561</sup> Vid. RUILOBA SANTANA, E. (1973): *Eficacia de las Sentencias Internacionales en el Orden Interno de los Estados*, Jurídica-Anuario p. 660.

### 3. LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA Y PASIVA FRENTE A LA SUCESIÓN DE ACTORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y SU INTERACCIÓN CON UN TRATADO QUE VULNERA NORMAS IMPERATIVAS

Todos los que interactúan en la comunidad internacional forman, sin duda, parte de ella, quedando vinculados de manera inmediata -aquí sí aplica la automaticidad- a los principios y normas vigentes que en la misma rigen. Pese a esto, de la lectura del artículo 39 de la CVDT no queda claro si, en el contexto de la sucesión de Estados, el nuevo recibe a modo de “herencia” la legitimidad procesal pasiva de su predecesor frente a una decisión de terminación de un Tratado que vulnera normas imperativas.<sup>562</sup> Así las cosas, sin adentrarnos en el debate de lo que propugna la *teoría constitutiva*<sup>563</sup> o la *teoría declarativa*<sup>564</sup> para que se reconozca la existencia y personalidad jurídica de un Estado<sup>565</sup>, la CIJ se ha enfrentado a diversas alteraciones -y de diversos grados- que Estados, actuando como demandantes o demandados, sufrieron durante los procesos judiciales que se estaban conociendo ante dicho tribunal. Como ejemplos de estos cambios podemos mencionar los cambios de nombres, la separación o independencia de otro Estado, entre otros.<sup>566</sup> Así las cosas vemos que, a pesar de que estos cambios produjeron, *strictu sensu*, un cambio de partes

---

<sup>562</sup> Ni en la CVDT (1969) ni mucho menos en la CVDT (1986) se habla de sucesión de “Organizaciones Internacionales” pero, entendemos que los mismos principios aplicables a aquéllos, aplican a estos otros sujetos del Derecho Internacional.

<sup>563</sup> La teoría constitutiva otorga al reconocimiento que realizan otros Estados un rol bastante importante y poderoso en la legislación internacional. El artículo 6 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933) hace mención de esta posición cuando afirma que “[e]l reconocimiento de un Estado meramente significa que el que lo reconoce acepta la personalidad del otro con todos los derechos y deberes determinados por el Derecho Internacional. El reconocimiento es incondicional e irrevocable.” Vid. Watson, G., *When in the course of human events: Kosovo's independence and the law of secession*, p. 288

<sup>564</sup> La teoría declarativa expresa que, en esencia, no es obligatorio obtener el reconocimiento por parte de los Estados. Sobre el tema, el artículo 3 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933) hace mención a este criterio cuando estipula lo siguiente: “Artículo 3: La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aun antes de reconocido el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales. El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al Derecho Internacional.” La teoría que hoy en día subsiste con mayor peso por parte de la doctrina, es esta.

<sup>565</sup> Vid. CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2nd Ed., 2006, pp. 870; Vid. NGUYEN QUOC, D., DAILLIER, P., et PELLET, A., *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 407.

<sup>566</sup> Durante el conocimiento del asunto *Frontier Dispute (Burkina Faso vs. Republic of Mali)* (1986), la República de Alto Volta cambió, en 1984, su nombre por el de Burkina Faso. Vid. CIJ, *Frontier Dispute (Burkina Faso vs. Republic of Mali)*, Judgment, 1986, p. 556, § 1 y p. 558, § 4. Otro ejemplo es el de la República Federal de Yugoslavia, la cual, durante el conocimiento del asunto *Legality of Use of Force (Serbia And Montenegro vs. Belgium)* (2004), se convierte en Serbia y Montenegro. Vid. CIJ, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Belgium)*, Preliminary Objections, 2004, p. 283, §1 y p. 286, §15. Igual sucedió en el asunto *Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina vs Serbia and Montenegro)*, donde Serbia y Montenegro expresaba que la República de Serbia se consideraba continuadora de Serbia y Montenegro, mientras que la República de Montenegro proclamaba ser un Estado independiente, con

en un juicio *sub judice* al hacer “desaparecer” al Estado que originalmente activó la jurisdicción de la CIJ o fue demandado ante ella, todos los procesos continuaron con regularidad al reconocérseles continuidad jurídica.

En el caso de *sucesión* de Estados -cuando una parte de un Estado pasa a formar uno nuevo<sup>567</sup> o cuando una parte de un Estado pasa a formar parte de otro, o el territorio completo de un Estado es absorbido por otro Estado producto de un Tratado<sup>568</sup> - el Estado sucesor adquirirá la capacidad de ser parte en el juicio ya iniciado -sea en calidad de demandante o de demandado-, a menos de que se acuerde lo contrario. En el caso de Estados miembros de Naciones Unidas que dejan de existir,<sup>569</sup> se acepta que los mismos cesan de ser parte del Estatuto.

En la misma línea de lo anterior vemos que cuando un Estado sucesor, reconociendo o reivindicando los derechos heredados del Estado anterior, no solo podrá gozar y ejercer de los derechos reclamados sino que también asumirá de inmediato las obligaciones correspondientes. En efecto, aquí debemos partir de lo que expusimos con anterioridad en este trabajo, donde indicamos que no puede reconocersele a un sujeto el goce y ejercicio de derechos, sin que asuma las obligaciones que estas

---

personalidad jurídica propia. Vid. CIJ, *Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina vs Serbia and Montenegro)*, Judgment, 2007, §§ 67-79). En este mismo sentido, Vid. CIJ, *Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Croatia vs Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment, 2008, p. 421, §§ 23-34.

<sup>567</sup> Conforme con el artículo 63 del Estatuto de la CIJ, se notificó a Pakistán - aunque éste no existiera en ese momento como Estado- de la demanda interpuesta por Francia sobre el asunto *Protection de ressortissants et protégés français en Egypte (France vs. Egypt) (1949)*, por considerarse que sería un Estado sucesor de la India. Como se visualiza en el texto original, se afirmó lo siguiente: “Une communication analogue a été adressée à tous les Etats qui ont participé à la Convention de Montreux du 8 mai 1937. savoir: l’Australie, la Belgique, le Danemark, l’Espagne, les États-Unis, la Grèce, l’Inde, l’Irlande. l’Italie, la Norvège, la Nouvelle-Zélande. les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, la Suède, l’union sud-africaine. Une notification, conformément à l’article 63, fut également adressée au Gouvernement du Pakistan. bien qu’à l’époque de la signature de la Convention de Montreux le Pakistan n’existât pas encore en tant qu’État. Sans prejudice de la décision ultérieure de la Cour, on estima qu’il était sage de prévoir l’éventualité dans laquelle le Pakistan serait. A certains égards, considéré comme un État successeur de l’Inde (cf. le débat sur ce point au sein de la Sixième Commission de l’Assemblée générale des Nations Unies (deuxième session) et la résolution adoptée par cette commission : Comptes rendus sommaires des débats, pp. 37 et sgg.)” Cfr. CIJ, *Protection de ressortissants et protégés français en Egypte (France v. Egypt)*, Correspondance, 1949, p. 16, nota al pie 1.

<sup>568</sup> Vid. STUYT, A.M., *The General Principles of Law, as applied by international tribunals to disputes on the attribution and exercise of State jurisdiction*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1946, p. 69.

<sup>569</sup> Entre los casos más emblemáticos podemos mencionar los siguientes: a) la República Árabe Unida: nacida en 1958 de Egipto y Siria, y se separan nuevamente en 1961; b) en 1990 se reunifica la República Democrática Alemana a la República Federal de Alemania; c) en 1933 se separa Checoslovaquia, para formar la República Checa y la República Eslovaca; y, d) la República Federal Socialista de Yugoslavia se disuelve y se conforman Bosnia y Herzegovina, Croacia, Macedonia, Serbia y Montenegro.

conlleven.<sup>570</sup> Por tanto, todo Estado sucesor que asume derechos del Estado sucedido, también asumirá las obligaciones correspondientes.

En línea con este criterio, en materia de responsabilidad estatal internacional el Proyecto CDI (2001) recogió la siguiente idea: “si el Estado sucesor, frente a un hecho ilícito continuo en su territorio, acepta y mantiene la situación, se podrá fácilmente deducir que asume la responsabilidad de ese hecho.”<sup>571</sup> La anterior premisa exige que el hecho no se haya consumado en un sólo momento, sino que siga ocurriendo.<sup>572</sup> Un hecho no tiene un carácter continuado únicamente porque sus efectos se extiendan en el tiempo, sino porque el hecho ilícito como tal continúa.<sup>573</sup> Si estamos ante un Tratado que colisiona con una norma de *ius cogens* debemos recordar que sus efectos continuarán hasta que el mismo no sea anulado o terminado.

En este sentido hay que destacar que “[l]a violación de una obligación de prevención puede muy bien ser un hecho ilícito de carácter continuo, aunque, como en el caso de otros hechos ilícitos continuos, el efecto del artículo 13 [del Proyecto CDI (2001)] es que la violación únicamente continúa si el Estado se halla vinculado por la obligación durante el período en que el acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.”<sup>574</sup> En este orden de ideas, debemos señalar que el hecho ilícito no sólo debe existir para que se le impute responsabilidad al Estado sucesor, sino que éste debe aceptar el hecho como suyo.

Esta última cuestión es la más problemática en el momento en el que se pretende hacer *justiciable* la terminación de un Tratado que vulnera normas de *ius cogens* frente a un Estado sucesor o cualquier otro actor. Además, sabemos que la expiración de un Tratado no es obstáculo para que se ordene la restitución de aquel que se ha visto afectado por la referida situación.<sup>575</sup> En otras palabras, la sola terminación del

---

<sup>570</sup> *Supra*, Capítulo III, 1.A, iii., a, (ii) *Las reservas realizadas por terceros Estados*.

<sup>571</sup> *Subrayado nuestro*. Cfr. Proyecto CDI Estado (2001), § 3 del comentario del artículo 11, p. 110

<sup>572</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>573</sup> *Ibid.*, § 6.

<sup>574</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>575</sup> De manera textual, se afirmó en el conocido laudo arbitral del caso *Rainbow Warrior* lo siguiente: “Undoubtedly the order requested by the New Zealand Government for the return of the two agents would really be an order for the cessation of the wrongful omission rather than a *restitutio in integrum*. This characterization of the New Zealand request is relevant to the Tribunal's decision, since in those cases where material restitution of an object is possible, the expiry of a treaty obligation may

Tratado no será motivo de satisfacción absoluta, puesto que surge una nueva obligación de indemnización que se mantiene en el tiempo.

Asimismo, se aprecia otro inconveniente, tal y como se demostró en el referido asunto *Rainbow Warrior* (1990), cuando se afirmó que “(...) [si] la obligación primara violada ya no existe, una decisión que ordene cesar o discontinuar la conducta infractora no tendría, naturalmente, ningún propósito y no podría ser expedida.”<sup>576</sup> Ello implica que, aunque un Estado haya causado graves perjuicios por violación al *ius cogens* -a través de un Tratado vigente- pero, en el ínterin, dicho Estado es sucedido y el Tratado que recogía la disposición infractora es concluido, una decisión al respecto carecería de sentido.

A modo de resumen, debemos indicar que si el hecho ilícito debe tener carácter continuo, si el Estado sucesor debe reconocerlo como suyo y, además, si la obligación debe mantenerse hasta el momento en el que se dicta una decisión por el tribunal en cuestión, tales condicionamientos hacen prácticamente imposible condenar al Estado sucedido por violación a una norma imperativa.

Por último, debemos advertir que aunque en la práctica no es tan simple que un actor “desaparezca” y otro “nazca”, la “sucesión” puede ser otra herramienta más para no aplicar la decisión de terminación de un determinado Tratado. Un “nuevo” Estado u otro actor difícilmente asumirán como suyas las violaciones cometidas por su sucesor y, en consecuencia, tampoco se hará responsable de las mismas. Aún así, recordemos que la Corte IDH, en los casos de torturas o de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en general, ha indicado que la prohibición de cometer tales actos debe ser considerada como norma imperativa y, consecuentemente, no deberían ponerse trabas como la “existencia” formal o no del Estado para que ciertas prerrogativas sean garantizadas.<sup>577</sup>

---

not be, by itself, an obstacle for ordering restitution.” [Subrayado nuestro] Cfr. UNRIAA, *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand vs. France)*, Vol. 20, 1990, p. 215, p. 270, § 113.

<sup>576</sup> La traducción es nuestra. De manera textual, se estipula lo siguiente: “If, on the contrary, the violated primary obligation is no longer in force, naturally an order for the cessation or discontinuance of the wrongful conduct would serve no useful purpose and cannot be issued.” Cfr. UNRIAA, *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand vs. France)*, op. cit., p. 270, § 114.

<sup>577</sup> La CIJ indicó en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* lo siguiente: “The Commission, in its Commentary, indicated that one should not, in that context, reduce an “essential interest” to a matter only of the ‘existence’ of

En la misma línea, la CIJ ha establecido en casos donde el Estado alega el “estado de necesidad” para incumplir las disposiciones de un Tratado que, si tal circunstancia excepcional verdaderamente no existiera, la conducta violaría una obligación internacional y, sólo en situaciones donde no se violenten los “intereses esenciales” de los Estados se puede acudir a dicha figura. El *ius cogens* es, por sí solo, la representación misma de los “intereses esenciales” de la comunidad internacional y, la terminación de los Tratados que vayan en su contra es una obligación que, de no cumplirse, conlleva responsabilidad.

---

the State, and that the whole question was, ultimately, to be judged in the light of the particular case (see *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part 2, p. 49, § 32); (...)” Cfr. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, p. 41, § 53.

***LA EJECUTORIEDAD DE LAS  
DECISIONES INTERNACIONALES ANTE  
LA TERMINACIÓN DE TRATADOS  
CONTRARIOS A NORMAS DE IUS  
COGENS  
CAPÍTULO V***

***LA EJECUTORIEDAD DE LAS DECISIONES INTERNACIONALES ANTE LA TERMINACIÓN DE TRATADOS CONTRARIOS A NORMAS DE IUS COGENS***  
CAPÍTULO V

Como ya se avanzó en su momento, la operatividad y aplicación de la normativa internacional se decide y se articula bajo el prisma estatal, “ya que el Derecho Internacional no establece un sistema de aplicación general sobre la materia”<sup>578</sup>. Sea como fuere, la actividad jurisdiccional que se desarrolla con la terminación de un Tratado contrario a normas imperativas no se agota con la posible solución a la que se llegue en una determinada sentencia, sino que existen otras condiciones para que el ejercicio de la facultad jurisdiccional resulte efectivamente operativo. ¿De cuáles condiciones hablamos? Fundamentalmente, de la ejecutoriedad de las decisiones judiciales. En definitiva, nos referimos a que es crucial que un juez ordene el cumplimiento forzoso de una sentencia internacional previamente reconocida para que la actividad jurisdiccional en cuestión sea realmente eficaz.

En efecto, una vez decidida la terminación de un Tratado conforme al artículo 64 de la CVDT, se debe proceder a la ejecución del título “judicial” o “contractual” con el propósito de hacerla efectivamente justiciable, habida cuenta del incumplimiento del ejecutado. Teniendo en cuenta lo anterior, debemos subrayar que los tribunales encargados de aplicar las leyes, sean de orden interno o internacional -como el *ius cogens*-, sólo lo hacen si tal norma es ‘válida’ y ello se produce cuando ha sido creada y aceptada conforme a lo establecido por la constitución de los Estados. Sin el cumplimiento de dicho requisito, “será imposible contravenir el orden interno para hacer ‘eficaz’ la referida norma. Por tanto, tras la ‘solución’ del conflicto, es necesario dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la sentencia, impidiendo que ésta se convierta en una mera declaración de intenciones o en un ejercicio jurídico.”<sup>579</sup>

Así pues, tras la “solución” del conflicto, es necesario dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la sentencia, impidiendo que ésta se convierta en una mera declaración de intenciones o en un ejercicio jurídico. Evidentemente, es el Estado -a través de sus órganos judiciales o administrativos- el que debe realizar todas las diligencias necesarias para que se cumplan los fallos, evitando dilaciones indebidas o

<sup>578</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H., *op. cit.*, p. 630.

<sup>579</sup> PEÑA PÉREZ, P. *El Carácter Vinculante de las Fuentes de Derecho Internacional en la Administración Pública*, Tesis de Maestría, Universidad de Salamanca, 2013, p. 52.



injustificadas. Por ello, no es legítima la actuación del poder público que, aún aparentando formalmente ejecutar la sentencia, obliga al beneficiario de la condena a la realización de ulteriores diligencias procesales para obtener la realización total de su derecho.

En este orden de ideas, debemos puntualizar que las constituciones de los Estados suelen -como ya sabemos- contener cláusulas de incorporación del Derecho Internacional. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 74.3 de la Constitución de República Dominicana en virtud del cual se determina que los Tratados internacionales que versen sobre derechos humanos formarán parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado que el bloque de constitucionalidad abarca normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados en la Constitución.<sup>580</sup>

Al hilo de lo anterior, resulta pertinente indicar que la Corte Suprema de República Dominicana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aceptación del bloque de constitucionalidad. Al respecto expresó lo siguiente:

“República Dominicana tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque constitucional, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.”<sup>581</sup>

---

<sup>580</sup> Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225-95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578-95, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358-97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191-98, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>581</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Resolución Núm. 1920-2003, *Medidas anticipadas al Nuevo Código Procesal Penal*; Cfr. Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, *Sentencia que declara conforme a la Constitución la Ley Sectorial de Áreas Protegidas*, Núm. 202-03, 30 de julio de 2004.

En consonancia con lo expresado en párrafos anteriores y siguiendo a Paul de Visscher<sup>582</sup>, debemos subrayar que las tendencias actuales sobre la posición que ocupan los Tratados dentro de sus respectivos ordenamientos internos es muy variada, confirmándose con esto la diversidad de criterios que rigen en dichos sistemas domésticos. Como ejemplo de ello, podemos mencionar lo siguiente<sup>583</sup>: en EEUU, los Tratados se encuentran jerárquicamente situados al mismo nivel que las leyes<sup>584</sup>; en Francia, el Tratado es superior a la ley<sup>585</sup>; en Alemania, el Tratado es superior a la ley pero éste puede ser controlado judicialmente<sup>586</sup>; en Argentina, al igual que en República Dominicana, la Carta Magna otorga jerarquía constitucional a los Tratados cuando versan sobre derechos humanos<sup>587</sup>; en Venezuela, los acuerdos tienen jerarquía constitucional y gozan de superioridad en el orden interno<sup>588</sup> (de hecho, éstos pueden llegar a tener rango supraconstitucional cuando contengan normas más favorables -para el goce y ejercicio de los derechos- que las previstas en la Constitución)<sup>589</sup>; y, en Holanda, el Tratado es superior a toda ley interna, independientemente de si versa o no sobre derechos humanos y si contiene o no normas más favorables que las internas.<sup>590</sup>

Sea cual sea el caso, los tribunales domésticos están en la ineludible obligación de aplicar el Derecho Internacional. Ello nos permite asumir que las normas de *ius cogens* deben ser respetadas y ejecutadas por todos los miembros de la comunidad internacional, puesto que representan y nutren el propio sistema “constitucional”. Sin embargo, como veremos a continuación, al no existir un criterio homogéneo de interpretación, la manera en la que se ejecuta una decisión que ordena la terminación de un Tratado que violenta normas imperativas variará dependiendo de si el Estado involucrado en la operación asume la teoría monista o dualista.

---

<sup>582</sup> DE VISSCHER, P. (1952) : *Les tendances internationale de constitutions modernes*, Tomo I, Recueil., pp. 523-525.

<sup>583</sup> Vid. REYES REYES, R.: *Aplicación de las Decisiones de los Tribunales Internacionales*, Tesis de Grado, Pontifica Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), República Dominicana, 2005, pp. 31-33.

<sup>584</sup> Vid. *Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, artículo 4.2.

<sup>585</sup> Vid. PINTO, R.: “El juez francés frente a las reglas de derecho internacional público” en *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1962, Vol. I y II, pp. 44-165.

<sup>586</sup> Vid. *Constitución de la República Federal Alemana*, artículo 25.

<sup>587</sup> Vid. *Constitución de la República de Argentina*, artículo 18.

<sup>588</sup> Vid. *Constitución de Venezuela*, artículo 23.

<sup>589</sup> Vid. BREWER-CARIÁS, A.: “Los Retos de la Reforma Constitucional” en *Seminario Internacional Visión y Análisis Comparativo de Reformas Constitucionales de Hispanoamérica*. Santo Domingo, República Dominicana, Junio 2005, p. 25.

<sup>590</sup> Vid. *Constitución de Holanda*, artículos 63 y 66.

## I. LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS CON OCASIÓN AL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT

El carácter vinculante de una sentencia de terminación de un Tratado contrario a normas de *ius cogens* tiene su fundamento en el consenso existente sobre las mismas. Sin embargo, la CVDT, al hablar de la terminación de las decisiones, no reconoce la posibilidad de ejecutarlas en Estados distintos a aquellos que fueron parte del proceso en cuestión. Junto a ello, debemos añadir la siguiente cuestión: “(...) mientras la sentencia interna, una vez hecha firme, añade a la obligación una ejecutividad inmediata amparada en un poder social institucionalizado y efectivo, la sentencia internacional sólo sobrepone a la primitiva obligación sustantiva otra obligación, de carácter formal esta última, de cumplirla ejecutando la sentencia.”<sup>591</sup>

En tal sentido, “(...) no se trata ahora tan sólo de que un Estado viene obligado, según el Derecho Internacional, a determinada conducta, sino que, refundiendo y asimilando dicha obligación, su fundamento inmediato deriva, tras la sentencia, de la propia fuerza obligatoria de la misma, basada en la voluntad de los Estados que han consentido en la competencia del órgano que la dicta. La sentencia internacional tiene, pues, una naturaleza meramente obligatoria; las obligaciones que de ella resultan no se distinguen, en esencia, del resto de las obligaciones internacionales que vinculan a los Estados.”<sup>592</sup>

Además de ello, recordemos que las normas de *ius cogens* deben tener un carácter constitucional y vinculante para los Estados. No obstante, debemos indicar que, desde el punto de vista del Derecho interno, ninguna norma puede aplicarse si el Estado no lo ha autorizado en virtud del principio de “prevalencia de la Constitución”. Ello “(...) implica que el orden legal tiene una subordinación a lo establecido en la Carta Magna y por ende todo el articulado de la Ley Fundamental incluyendo sus principios y demás consideraciones, priman sobre todas las demás normas de inferior rango. La prevalencia de la Constitución implica que las actuaciones del Estado deben estar encaminadas a garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos y su bienestar.”<sup>593</sup>

---

<sup>591</sup> Cfr. RUILOBA SANTANA, E. *Op.cit.*, p. 637.

<sup>592</sup> *Ibidem*.

<sup>593</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *María Libia Arango y Otros vs. Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (INURBE)*, Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e

## 1. FORMAS EN LAS QUE PUEDE EJECUTARSE LA SENTENCIA DE TERMINACIÓN

Como se ha reconocido por diversos tribunales nacionales e internacionales, la ejecución de las sentencias o, lo que es lo mismo, el derecho a que las resoluciones judiciales se cumplan, se integra en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.<sup>594</sup> Conforme veremos a continuación, los Estados pueden ejecutar una decisión que ordene la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT de dos maneras principales, a saber: (i) por voluntad propia; o, (ii) por imposición judicial.

### A. LA EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DE ADECUACIÓN O TERMINACIÓN DEL TRATADO POR VOLUNTAD PROPIA

Ya hemos explicado que los Tratados son la fuente principal de derechos y obligaciones en la práctica internacional, los cuales se caracterizan por la buena fe con la que presumiblemente se suscriben. Así pues, la obligatoriedad de éstos no nace, ni puede basarse, en el principio de legalidad, sino en el compromiso de los Estados parte en cumplir con ellos. En definitiva, conforme a los principios y normas que rigen el Derecho Internacional, lo acordado en un Tratado debe necesariamente cumplirse, salvo que - como ya hemos puntualizado- se atente contra el *ius cogens*.

En este sentido, debemos subrayar además que la regulación imperativa exige ser respetada por cualquier otra norma de Derecho interno y, a su vez, prevalecer sobre cualquier otra aunque sea de rango constitucional. Es más, si no se hicieran prevalecer las normas imperativas por un Estado, se incurriría en la responsabilidad internacional de éste “(...) que sería invocable por los procedimientos regidos por el propio Derecho Internacional.”<sup>595</sup>

---

internacional, Vol. IV, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Bogotá, 22 de marzo de 2001. Disponible: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1344.pdf>, <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/jurisprudencia%20T%20IV%20I.pdf>.

<sup>594</sup> La Corte EDH ha indicado esto al referirse al artículo 6 de la CEDH. Vid. Corte EDH, *Antonakopoulos, Vortsela y Antonakopoulou vs. Grecia*, 14 diciembre 1999; Vid. Corte EDH, *Inmobiliaria Saffi vs. Italia*, 28 de julio de 1999; Vid. Corte EDH, *Estima Jorge vs. Portugal*, 1998; Vid. Corte EDH, *Hornsby vs. Grecia*, 1997.

<sup>595</sup> Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “Los Límites de la Noción Formal de Orden Público Internacional”, *op. cit.*, p. 827.

Por lo tanto, la terminación de un Tratado conforme a las disposiciones del artículo 64 de la CVDT se ve reflejada en la posibilidad de adecuar o terminar el Tratado de forma voluntaria. No obstante, la práctica ha demostrado que los Estados no suelen recurrir a dicha posibilidad, decantándose preferiblemente por otros mecanismos que contempla la regulación internacional.

## **i LA ACEPTACIÓN EXPRESA DE LA DECISIÓN**

Evidentemente, cuando se dicta una sentencia internacional, los Estados deben procurar su cumplimiento. Así pues, cuando éstos se encuentran predispuestos a ello, dos escenarios pueden presentarse. Por un lado, cabe la posibilidad de que durante una controversia en la que el Estado es parte se dicte una decisión de terminación en su contra y, sin embargo, decida ejecutarla de manera voluntaria; y, por otro lado, podría darse la situación en la que un Estado que no sido parte de un determinado proceso deba necesariamente ejecutar total o parcialmente la sentencia en cuestión en su territorio y lo permita.

Vale resaltar aquí que, desde una aproximación estrictamente legal, no existe una obligación de acatar sentencias en las que un Estado no fue parte del proceso que culminó con ella, lo que implica que los terceros no se encuentran impedidos de presentar sus propias demandas aunque se refieran a puntos de derecho o el mismo asunto, para que sean valorados judicialmente.<sup>596</sup> Sin embargo, existe la posibilidad de asumir tales criterios de manera voluntaria e implementarlo.

## **ii EL RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO O CONSTITUCIONAL DE TODAS LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES**

A diferencia del escenario anterior, algunos Estados han creado mecanismos especiales para dar cumplimiento a sentencias internacionales, por lo que lo deseen o no, deberán cumplir con la decisión dictada por un órgano judicial internacional de acuerdo con lo establecido por su propio ordenamiento jurídico interno. Entre los ejemplos que podemos mencionar, se encuentra la regulación colombiana, la

---

<sup>596</sup> Vid. CHENG, B., *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publication, 1987, p. 341.

cual en su Ley número 288 dispone lo siguiente: “(...) se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos, en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.”<sup>597</sup>

Conforme a este texto legal, “si un informe a la Comisión Interamericana concluye en un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y recomienda que deban indemnizarse los perjuicios correspondientes, el Comité de Ministros al emitir un concepto favorable hace obligatoria la celebración del trámite indemnizatorio interno previsto en dicha ley”<sup>598</sup>. Claramente, “la Ley establece como principio general la obligación del gobierno nacional de pagar, previa realización del trámite en ella previsto, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos (...)”<sup>599</sup>. Otro importante ejemplo a considerar es la normativa peruana en la medida en que a través de la *Ley que regula el procedimiento de ejecución de las sentencias emitidas por tribunales supranacionales* (número. 27775) se reconocen los efectos desplegados por las sentencias de orden internacional que se encuentren vinculadas al Estado peruano.

Lo anterior nos lleva a concluir que los citados Estados han reconocidos validez y naturaleza automática a las sentencias internacionales. Así pues, en países donde exista dicho reconocimiento no habrá, en principio, condición operativa alguna que menoscabe la ejecución de una decisión que ordene la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT.

---

<sup>597</sup> Cfr. Ley Núm. 288 de 1996. Diario Oficial N° 42.826, de 9 de julio de 1996. Ver texto en: Senado de la República de Colombia. Información legislativa [www.secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co).

<sup>598</sup> Cfr. AYALA CORAO, C. M: “Las modalidades de cumplimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos humanos y tribunales internacionales, Tomo IX, Primera Edición. México. PP. 294-342, 2008.

<sup>599</sup> Cfr. Ley 288. *Ibid.* Art. 1.

## **2. LA EJECUTORIEDAD AUTOMÁTICA VS. LA EJECUTORIEDAD CONDICIONADA**

Una vez establecido en la sentencia la terminación de un Tratado, se reconocen derechos y obligaciones directamente exigibles y justiciables. Sin embargo, el problema está en saber qué vía debe seguirse a la hora de hacerla justiciable en el marco legal interno. La interpretación de esta facultad extraordinaria de hacer justiciable la norma, no puede ser realizada de modo extensivo, ampliando la habilitación de la *jurisdictio* a la *executio*. Algunos afirman que el problema se resuelve a partir de la distinción entre (a) la idealista posibilidad de ejecutoriedad inmediata de la decisión derivada de la teoría monista y, (b) la operativa ejecutoriedad condicionada al ordenamiento jurídico de los Estados que siguen la teoría del sistema dualista.

### **A. LA IDEALISTA POSIBILIDAD DE EJECUTORIEDAD INMEDIATA DE LA DECISIÓN**

En relación con el contenido de este epígrafe, debemos señalar que dictada una decisión de terminación de un Tratado conforme al artículo 64 de la CVDT, la misma deberá ser ejecutada para que genere los efectos deseados. Sin embargo, para que ello ocurra, la referida decisión internacional debe someterse al proceso legal oportuno que rige en el Estado en cuestión.

Excepcional y ejemplar es el caso del TJUE en la medida en que sus sentencias poseen un carácter inmediatamente ejecutivo ante las autoridades internas de los Estados miembros, siempre que su autenticidad se haya comprobado. Incluso, se establece un procedimiento por el que se remite a dicho Tribunal la sustanciación y solución de las cuestiones prejudiciales que surjan en el proceso de interpretación y validez del Derecho y los actos comunitarios. Por lo tanto, una decisión del TJUE que consista en la terminación de un Tratado no representará mayores inconvenientes a la hora de querer hacerla justiciable.

Por otro lado, en los referidos asuntos *Pinochet* y *Ghaddafi*, los tribunales internos -el belga y francés respectivamente- reconocieron el carácter imperativo de la jurisdicción universal, así como el deber de procesar o enjuiciar crímenes de trascendencia universal, por medio de una norma legal interna que los facultaba para ello. En casos como estos, donde un Estado posee en su ordenamiento jurídico interno la legitimidad necesaria para poner en movimiento la jurisdicción universal, una víctima puede encontrar justicia en tales aparatos judiciales al poder ejecutar inmediatamente la decisión y servirse incluso, para ello, de la coacción.

Al hilo de lo anterior, recordemos que “la supremacía del orden supranacional sobre el orden nacional preexistente, no puede sino ser supremacía jurídica, normativa, provista de fuerza coactiva, de imperatividad. Tanto la coacción *-lato sensu-* interna prevista en todo el sistema jurídico nacional, como la coerción internacional, por la vía jurisdiccional prevista en el tratado, son los medios por los cuales los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales deberán hacer efectiva tal suprema imperatividad.”<sup>600</sup> Consecuentemente, partiendo de las características esbozadas en torno a las normas imperativas y de acuerdo con lo establecido en los artículos 53 y 64 de la CVDT, debería reconocerse y garantizarse la ejecución de una sentencia que ordene la terminación de un Tratado a través de los medios que sean necesarios.

No obstante esto, debemos decir que la CVDT no atribuye competencia a los tribunales nacionales o regionales para que, dictada una sentencia con arreglo a una fuente del Derecho Internacional, la misma pueda ejecutarse automáticamente en el ámbito interno de los Estados. A raíz de ello, los órganos competentes estatales deberán tener en cuenta la situación creada por la sentencia internacional que ordenó la terminación en virtud del artículo 64 de la CVDT para que conforme al Derecho interno se aplique la sentencia de terminación. Asimismo, las obligaciones emanadas de esta sentencia deberán ser respetadas y ejecutadas por todos los órganos de la administración pública.

---

<sup>600</sup> Cfr. GORDILLO, A (2009): *Tratado de Derecho Administrativo* (10ma ed.), p. 24.



## **B. LA DEPENDENCIA FUNCIONAL DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT A OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS U ORDENAMIENTOS PARA SU OPERATIVIDAD**

A diferencia de lo expuesto anteriormente, la práctica estatal y la jurisprudencia internacional estudiada en la *Tríada Cognitiva del Ius Cogens*, nos permite fácilmente afirmar que la ejecutoriedad de las decisiones de terminación de un Tratado está condicionada a lo estipulado por el ordenamiento jurídico estatal. En efecto, el Derecho Internacional carece de mecanismos que pongan en marcha la ejecución de este tipo de sentencias y, además, la realidad demuestra que dicha ejecutoriedad se basará en la existencia previa del consentimiento del o de los Estado(s) en los que se deba aplicar<sup>601</sup>. Asimismo, apreciamos también que el concepto de *ius cogens* es, en la actualidad, de cooperación y no de subordinación. En definitiva, los actores involucrados son los que deberán hacer cumplir la decisión de terminación de un Tratado cuando estemos ante la vulneración de normas imperativas. Junto a ello, debemos destacar una vez más que ante la ausencia de un único y homogéneo procedimiento internacional, todos los Estados se apoyan en su ordenamiento doméstico para hacer justiciable una determinada decisión.

En cualquier caso conviene apuntar que los Estados, al ratificar la CVDT, se ven obligados a acatar las medidas que sean tomadas en interpretación de sus disposiciones. De hecho, la CVDT ha codificado -como de sobra sabemos- un criterio profundamente arraigado en la comunidad internacional: la terminación de todos aquellos actos que estén en contra del *ius cogens*, ya sea *ex ante* o *ex post*. Tal y como hemos dicho en reiteradas ocasiones, en este último caso, los Estados, como *prima ratio*, podrán adecuar el instrumento y, como *última ratio*, proceder a su terminación. Lógico es el razonamiento de que si la terminación de un Tratado por violación al *ius cogens* pre-existente se refleja en una decisión definitiva, esto debería tener carácter vinculante para todos aquellos Estados que aplican la CVDT. Ejemplo de ello es que los Estados que han suscrito la CVDT y han aceptado la competencia contenciosa de la CIJ se han comprometido, en principio, a cumplir con las sentencias dictadas en los casos contenciosos que le sean sometidos a su consideración.

---

<sup>601</sup> Para profundizar sobre el particular, ver LISTER, M. J.: “The Legitimizing Role of Consent in International Law” en *Chicago Journal of International Law* Winter 2011, Vol. 11, Núm. 2, Winter 2011, pp. 1-29.

No obstante, ni las decisiones dictadas por la CIJ ni las emitidas por otros tribunales internacionales tienen efecto directo en el sistema judicial de los Estados en la medida en que no son tribunales nacionales de última instancia. Éstas deben ser incorporadas a través de la legislación interna y conforme a los procedimientos establecidos. A raíz de ello, el juez interno debe tener en cuenta la situación creada por la sentencia internacional para que conforme a la regulación doméstica aplique la sentencia de terminación.

Lamentablemente, los ejemplos estatales de desvinculación o falta de cumplimiento para con el Derecho Internacional han proliferado. Uno de ellos se refiere al momento en el que Venezuela decidió no acatar la sentencia de la Corte IDH en el asunto Chocrón Chocrón *versus* Venezuela.”<sup>602</sup> Otro es el de la negativa de Colombia a ejecutar la sentencia dictada por la CIJ en relación con los límites marítimos impuestos con Nicaragua. Asimismo, el Tribunal Constitucional de República Dominicana, a través de una sentencia dictada a finales del año 2014, declaró inconstitucional el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la CIDH.<sup>603</sup> En suma, por deseable que sea, no parece posible extraer todo matiz subjetivo a la interpretación dada por un tribunal sobre el control de imperatividad y, a su vez, del control de convencionalidad, a través de los cuales se puede concluir que un Tratado debe ser terminado en virtud del artículo 64 de la CVDT.

Sea como fuere, cuando un Tratado es terminado por medio de una sentencia, la misma debe ser aplicada internamente. Ello es, sin duda alguna, el corolario de la justiciabilidad del artículo 64 de la CVDT. Sin embargo, existe una presunción *iuris tantum* de validez de las disposiciones del Tratado que causa que los Estados no dejen de cumplir con la obligación que emana de éste hasta tanto le sea formalmente ordenado.

---

<sup>602</sup> El 10 de septiembre de 2012 el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia, fechada el 6 de septiembre de 2012, por parte del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Venezuela. De conformidad con el artículo 78.1 de la CADH, cumplido el preaviso de un año previsto en dicho artículo, la denuncia surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013.

<sup>603</sup> *Vid.* Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/256-14, 4 de noviembre de 2014.

**i. LOS PROCEDIMIENTOS ESTATALES DE RECONOCIMIENTO DE DECISIONES INTERNACIONALES COMO CONDICIÓN PARA SU EJECUCIÓN INTERNA**

La CVDT no hace referencia ni al contenido formal ni al contenido sustancial de las decisiones que ordenan la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT. Esto se debe a que, obviamente, el objeto y fin de la CVDT no era ni debía ser regular cuestiones distintas al Derecho de los Tratados. Ahora bien, para lograr el efecto útil al que nos hemos estado refiriendo en relación con las sentencias que valoran y determinan el incumplimiento de normas imperativas, ¿qué herramientas deben utilizarse? De la investigación realizada, advertimos que para el efectivo cumplimiento de las sentencias internacionales -sean o no relativas al artículo 64 de la CVDT- intervienen diversos factores, como los que se enumeran a continuación: “la normativa constitucional local, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre cuestiones de Derecho Internacional, de dogmática, de derecho penal y de proceso penal, etc”<sup>604</sup>.

Así pues, dependemos en buena medida de la estructura institucional y legal existente en los Estados. Además, hay que tomar en consideración “la buena voluntad de funcionarios de diversos poderes del Estado, el papel de la prensa, el comportamiento de diversos actores políticos en el Estado, entre otros.”<sup>605</sup> Asimismo, debemos subrayar que muchos Estados han desarrollado mecanismos para la adopción de ciertas normas, como las establecidas en la Convención Americana o las procedentes de la Corte Interamericana. Es por ello que algunos Estados miembros de la CADH han decidido otorgar jerarquía constitucional a los Tratados que versen sobre derechos humanos, integrándolos convenientemente en su bloque de constitucionalidad.<sup>606</sup>

---

<sup>604</sup> Cfr. KRSTICEVIC, V.: “Doctrina y Comentarios Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos” en *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Primera Ed., Buenos Aires, Editorial Folio Uno, SA., 2007, p. 50.

<sup>605</sup> *Ibid*, p. 16.

<sup>606</sup> Algunos Estados han asumido esta tesis como positiva, adoptándola en su ordenamiento. Dentro de los que podemos mencionar en forma comparativa se encuentra Ecuador, el cual en el artículo 17 de su Constitución establece que “[e]l Estado garantizara a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el goce efectivo de esos derechos.” En ese mismo orden, el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua expresa que “[e]n el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto,

Sin embargo, partiendo de las características extraídas del *ius cogens*, podemos concluir que deben regir -de manera moderada- ciertos principios básicos en la sentencia judicial o arbitral que decida sobre la adecuación o terminación de un Tratado, sin quedar condicionada por requisitos de formalidad. De todos modos, considerando la Convención ADH y la Convención EDH, las decisiones que sean dictadas conforme al artículo 64 de la CVDT deben tener un carácter definitivo e inapelable.

Sea como fuere, de la lectura de los artículos 55 a 64 del Estatuto de la CIJ, así como de los artículos 65 a 68 del Reglamento de la Corte IDH<sup>607</sup> y de los artículos 42 a 46 del CEDH entendemos que ciertos requisitos deben cumplirse. Así pues, tras el análisis de los referidos preceptos legales es necesario que la sentencia en cuestión (i) identifique los intervinientes en el proceso y sus representantes, se detallen los hechos y los fundamentos de derecho; (ii) sea tomada por mayoría de votos y, en caso de disidencia, se tendrá el derecho a incluirla al fallo; (iii) el fallo será motivado; (iv) se deberá notificar a las partes envueltas en la controversia; (v) será obligatoria sólo para las partes del litigio y respecto del caso que ha sido decidido; y, por último, (vi) será definitiva e inapelable.

Sin embargo, debemos recalcar que el propósito de la decisión que ordena la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT es el de cristalizar la existencia de la nueva norma y la oposición del Tratado a ésta. Ello quiere decir que será la regulación doméstica de los Estados la encargada de articular y regular la ejecutoriedad de la sentencia que ordene dicha adecuación o terminación.

Consecuentemente, los países que deseen ejecutar la sentencia de terminación podrían exigir el *exequátur* de la misma para poder aplicarla en su ordenamiento jurídico interno. Este mecanismo pretende que la sentencia extranjera produzca los efectos oportunos en el país donde se ejecuta finalmente la sentencia. Ello implica que no se revisará el fondo del asunto; se realizará, pues, un control formal, por lo

---

*promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.*”

<sup>607</sup> Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009

que no es posible que se admitan nuevos recursos contra el mismo. Asimismo, debemos indicar que el Estado condenado mediante dicha sentencia deberá ejecutarla de buena fe como consencuencia de los compromisos adquiridos a través de la ratificación del acuerdo en cuestión.

En cualquier caso, una vez dictada la sentencia de terminación, ésta se notificará al organismo interno correspondiente para que verifique si puede ser ejecutada en el plano interno. Una vez agotado este procedimiento, automáticamente, el Estado y sus organismos cumplirán con el mandato de la sentencia. Sin embargo, debemos indicar que si se aprecia ambigüedad o laguna en el contenido de la sentencia objeto de ejecución, la parte interesada podrá acudir al tribunal para que ello sea -de algún modo- subsanado, “siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación de la misma.”<sup>608</sup> Obviamente, si no se han cumplido con las garantías de un debido proceso -como la violación del derecho de defensa- el reconocimiento de la sentencia que ordena la terminación del Tratado no podrá tener lugar.

Por lo tanto, el reconocimiento y posterior ejecución de la sentencia que ordena la terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT queda condicionado por (i) la existencia de un Tratado bilateral (si la decisión que ordena adecuar o terminar un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT emana de un tribunal que a su vez pertenece a un Estado que posee relaciones convencionales previas, se descartará la posibilidad de hacer justiciable la sentencia en los Estados parte del Tratado); (ii) por el principio de reciprocidad en el caso de que no existan Tratados bilaterales, lo que implica que sólo cuando el Estado del cual emana la sentencia otorga valor a las sentencias del Estado ante quien se tramita el *exequátur* se podrá ejecutar la sentencia de terminación; (iii) por la compatibilidad de la sentencia con el ordenamiento jurídico interno. Con respecto a esta última premisa debemos puntualizar que, evidentemente, toda norma de *ius cogens* se articula conforme a la legislación interna. Sin embargo, también es cierto que los Estados han reconocido y conformado reglas en torno al concepto de orden público o *public policy*. Así pues, la sentencia que ordena la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT debe ajustarse a la regulación doméstica, así como al orden público del país donde se tramita el reconocimiento porque, de no hacerlo, la decisión podrá no ser ejecutada.

---

<sup>608</sup> Cfr. CADH, artículo 67.

Como consecuencia de lo anterior, al momento de dictarse una sentencia que ordene terminar el Tratado contrario al *ius cogens*, cabrá plantearse lo siguiente: ¿qué vía debe seguirse dentro del Estado afectado y/o encargado de ejecutarla? En una situación como esta entendemos que el curso de acción que mejor garantiza la protección del Estado contra eventuales acciones en torno a la responsabilidad que pudiera surgir es que solicite instrucciones. Así las cosas, tres posibles escenarios podrían presentarse, a saber: (a) que el Estado solicite instrucciones para terminar el Tratado y éstas le sean dadas; (b) y que el Estado solicite instrucciones y no le sean otorgadas; y, algunas circunstancias internas que podrían justificar el incumplimiento de una decisión internacional (c).

#### **a. PERSPECTIVA DEL ESTADO CUANDO SOLICITA INSTRUCCIONES Y EL TRIBUNAL ORDENA LA TERMINACIÓN**

No hay duda de que la relación indisoluble entre el Derecho de Tratados y la responsabilidad de los Estados debe conjugarse conforme a la CVDT y, su incumplimiento, conllevará una responsabilidad objetiva. Así pues, un Estado debe dar estricto cumplimiento a la orden de suspensión o terminación de un determinado acuerdo. No obstante, estará en condiciones de acogerse al beneficio de la exoneración de responsabilidad que establece el Proyecto CDI Estado (2001) a través de las figuras del consentimiento<sup>609</sup>, la legítima defensa<sup>610</sup>, las contramedidas<sup>611</sup>, la fuerza mayor<sup>612</sup>, el peligro extremo<sup>613</sup> y el estado de

---

<sup>609</sup> Vid. “Art. 20. Consentimiento.- El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento”.

<sup>610</sup> Vid. “Art. 21. Legítima defensa.- La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

<sup>611</sup> Vid. “Art. 22. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito.- La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte”.

<sup>612</sup> Vid. “Art. 23. Fuerza mayor.- 1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación; 2. El párrafo 1 no es aplicable si: a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación”.

<sup>613</sup> Vid. “Artículo 24. Peligro extremo.- 1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado; 2. El párrafo 1 no es aplicable si: a) La

necesidad<sup>614</sup>. De hecho, conviene recalcar que dichas circunstancias no dan por terminada la obligación, sino que justifican su incumplimiento mientras aquéllas subsistan.

En este orden de ideas, debemos apuntar que si el Estado no solicita instrucciones al órgano que dictó la decisión respecto a la forma en la que debe ejecutarse la decisión de terminación -y no adopta, pues, ningún tipo de acción para solucionar la situación-, se podrá hablar de responsabilidad por omisión. Por el contrario, si el Estado no recibe instrucciones en relación con dicho instrumento a pesar de haberlas solicitado, la decisión que éste tome no comprometerá su responsabilidad. Siendo así las cosas, consideramos que -contrario al criterio de la CIJ en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project (1997)*-<sup>615</sup> el Estado deberá seguir actuando como lo venía haciendo hasta el momento en el que se inició el proceso en la medida en que se encuentra protegido por la exoneración de responsabilidad dada por los ya citados artículos 21 al 27 del Proyecto CDI Estado (2001).

Todo lo anterior gira en torno a la siguiente premisa: debido a la naturaleza de las normas imperativas, los Estados contratantes se encuentran obligados a asegurar que las disposiciones de un Tratado satisfagan las necesidades del interés general. Así pues, las instrucciones dadas por el órgano que toma la decisión de terminación, nunca podrán ser *extra petita* (fuera de lo pedido) o *ultra petita* (más allá de lo pedido) y, siempre deberán ser coherentes con el Derecho Internacional general. Lo contrario sería admitir que cualquier entidad que, en principio, sea competente para realizar el “control de convencionalidad” sobre la terminación de un Tratado, puede tomar las medidas que considere oportunas y crear obligaciones que ni éste ni el Derecho Internacional general requieren.

---

situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor”.

<sup>614</sup> *Vid.* “Artículo 25. Estado de necesidad.- 1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto; 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

<sup>615</sup> De manera expresa se estipuló lo siguiente: “59. In the light of the conclusions reached above, the Court, in reply to the question put to it in Article 2, paragraph 1 ( a ), of the Special Agreement (see paragraph 27 above), finds that Hungary was not entitled to suspend and subsequently abandon, in 1989, the works on the Nagymaros Project and on the part of the Gabčíkovo Project for which the 1977 Treaty and related instruments attributed responsibility to it.” *Cfr.* CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, 46, § 59.

En suma, cuando una decisión efectivamente contenga las correspondientes instrucciones en las que se explicita la terminación de un Tratado o, por el contrario, se abogue por su continuación, el Estado en cuestión deberá acatarlas sin más. En caso de no respetar el dictamen, será posible -como ya veremos- hacer cumplir la referida decisión de manera coercitiva. Sea como fuere, a través de la práctica podemos concluir que, a diferencia de lo que sucede con las instrucciones sobre terminación de un Tratado, las relativas a la suspensión no conllevan un análisis del fondo del recurso interpuesto.

#### **b. PERSPECTIVA DEL ESTADO CUANDO CUANDO SOLICITA INSTRUCCIONES Y EL TRIBUNAL NO ORDENA LA TERMINACIÓN**

Otro escenario radicalmente distinto tiene lugar cuando el Estado en cuestión solicita instrucciones y dicho requerimiento no es debidamente satisfecho. En estas circunstancias, consideramos que -a diferencia del criterio expuesto por la CIJ en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project (1997)*<sup>616</sup>- aquél deberá seguir actuando como lo venía haciendo hasta el momento en el que se inició el proceso, ya sea abogando por el cumplimiento del Tratado o manteniendo su suspensión.

La primera medida propuesta se articula sobre la presunción *iuris tantum* de validez y legalidad sobre la que descansa todo Tratado. Así pues, la opción de mantener la aplicación del Tratado, aún cuando el mismo violente una norma imperativa, es paradójicamente la más saludable, puesto que el Estado que actúa en ausencia de instrucciones pese a haberlas solicitado, será eximido de toda responsabilidad -conforme a los artículos 21 al 27 del Proyecto CDI Estado (2001)- en el caso de que se le impute la violación de una obligación internacional. Sea como fuere, en ausencia de instrucciones, el Estado deberá comportarse de forma razonable, lo que implica que deberá tomar la decisión de terminar o no el Tratado de acuerdo con lo estipulado en la CVDT y en el Derecho Internacional general.<sup>617</sup>

---

<sup>616</sup> En el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* la CIJ indicó lo siguiente: “59. In the light of the conclusions reached above, the Court, in reply to the question put to it in Article 2, paragraph 1 ( a ), of the Special Agreement (see paragraph 27 above), finds that Hungary was not entitled to suspend and subsequently abandon, in 1989, the works on the Nagymaros Project and on the part of the Gabčíkovo Project for which the 1977 Treaty and related instruments attributed responsibility to it.” *Cfr.* CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, 46, § 59.

<sup>617</sup> *Vid.* CONFORTI, B. y LABELLA, A. *op. cit.*, p. 66.



**c. LEGALIDAD DE ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS INTERNAS QUE JUSTIFICAN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA DECISIÓN INTERNACIONAL**

Es evidente que los actores involucrados en un acto u actuación que colisiona con una nueva norma imperativa no pueden alegar la aplicación de la regulación doméstica para evitar cumplir con la decisión que conlleve la terminación de un Tratado.<sup>618</sup> Sin embargo, como las sentencias internacionales que ordenan dicha terminación no pueden ser ejecutadas automáticamente, se han alegado circunstancias que justificarían su inejecución.

En efecto, “(...) se ha pretendiendo, teniendo en cuenta el relativismo de toda relación obligatoria, la aplicación de alguna de las causas de extinción de las obligaciones, como la compensación. Otras veces se alega la nulidad de la propia sentencia internacional por causas diversas, siendo la más frecuente e importante la falta de sujeción del juez internacional a los términos convencionales del instrumento del que deriva su competencia, a la que se refiere la doctrina hablando de un exceso de poder del juez o árbitro, uno de cuyos supuestos particulares es la llamada sentencia *ultra petita*.”<sup>619</sup>

Al hilo de lo anterior cabe plantearse, además, la siguiente cuestión: ¿qué sucede cuando existe una sentencia previa a la internacional que decide de manera contraria a la supranacional? Conforme al principio de cosa juzgada no es posible conocer hechos previamente juzgados. Consecuentemente, cuando exista una primera sentencia, el tribunal internacional no podrá juzgar el caso. Si finalmente lo hace, su decisión no se impondrá y no podrá ejecutarse en el plano interno.

En este contexto, debemos hacer hincapié en que si bien la jurisdicción internacional posee la capacidad de valorar un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT, ésta no puede considerarse una “cuarta instancia” o una prolongación de las instancias internas que sirva como último recurso. Parece obligado, pues, apoyar la idea de que la sentencia internacional se encuentra limitada frente a decisiones

---

<sup>618</sup> Vale resaltar que las circunstancias que excluyen la ilicitud no justificarán ni excusarán una violación de obligaciones nacidas por el *ius cogens* Proyecto CDI (2001), pp. 214-217 (§§ 1-6 sobre el art. 26).

<sup>618</sup> Vid. RUILOBA SANTANA, E. *Op.Cit.*, p. 638.

<sup>619</sup> *Ibidem*.

judiciales internas emanadas con anterioridad. Otro criterio no podría asumirse, porque “(...) admitir la cosa juzgada de la sentencia internacional en el orden interno es tanto como reconocer la eficacia ejecutiva de aquélla en este orden, y viceversa.”<sup>620</sup>

Siendo así las cosas, debemos subrayar que una cosa es que el Estado se halle internacionalmente vinculado por la decisión de terminar el Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT -para lo cual debió realizar el *control de imperatividad* y el *control de convencionalidad*-; y otra es que sus órganos internos se vean obligados directamente a decidir conforme a dicha interpretación. Esta distinción parte de la idea de que los órganos internos tienen independencia de criterios y actúan de acuerdo con su ordenamiento jurídico. Cuestión diferente es que cuando se dicte una sentencia internacional en virtud del artículo 64 de la CVDT y, alegando la legislación interna, los órganos hagan una correcta aplicación de la misma y, al mismo tiempo, incumplan con sus obligaciones internacionales. En ese caso, el Estado será responsable internacionalmente por dicha transgresión.

## **ii. LA POSIBLE PARTICIPACIÓN DE OTROS ÓRGANOS ESTATALES PARA GARANTIZAR LA OPERATIVIDAD INTERNA DEL *IUS COGENS***

Recordemos que el artículo 64 de la CVDT permite a los Estados adecuar el Tratado o la disposición particular a la nueva norma de *ius cogens*. En caso de no hacerlo, se procederá a su terminación a través de la pertinente decisión judicial. Siendo así las cosas y evaluando los condicionamientos operantes que existen en torno a la ejecución de la sentencia que así lo ordena, nos preguntamos si existe alguna herramienta de control que pueda facilitar la materialización de este complejo escenario. En este sentido, debemos advertir que existen dos órganos muy diferentes que pueden aportar, en este tipo de situaciones, soluciones apropiadas en el ámbito del Derecho interno: por un lado, debemos tomar en consideración (1) el Poder Ejecutivo de los Estados y, por otro, (2) la figura relativa al Defensor del Pueblo (Ombudsman).

---

<sup>620</sup> Cfr. RUILOBA SANTANA, *Op.Cit.*, p. 660.

### **a. EL PODER EJECUTIVO EN EJERCICIO DE SU PODER POLÍTICO**

En la mayoría de los casos, la discusión y firma de los Tratados es realizada por el Poder Ejecutivo de los Estados y, posteriormente, su ratificación queda a cargo del Poder Legislativo.<sup>621</sup> No obstante, la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales extranjeras no tendrá vinculación alguna con los citados poderes, sino únicamente con el Poder Judicial. Con respecto a esto último, debemos apuntar que si dicha ejecución consiste simplemente en realizar una mera actuación administrativa no habrá mayores problemas. Sin embargo, si es necesario acudir a la figura del exequátur o si es preciso homologar la sentencia internacional en cuestión al ámbito interno y se advierta, por ejemplo, la violación de derechos básicos, es muy probable que no se proceda a ello.

Considerando los anteriores aspectos, no debemos olvidar que emitida una decisión conforme al artículo 64 de la CVDT, dos escenarios pueden presentarse: el primero de ellos es el que se refiere al reconocimiento de la existencia de una nueva norma imperativa y la constatación de que un Tratado la está contraviniendo. Ante dicha situación, se ordenará su adecuación. El segundo escenario está relacionado con la posibilidad de que habiendo tenido la oportunidad de adecuarlo, los Estados afectados decidan no hacerlo. En cualquiera de los dos escenarios, comprobamos que la premisa de desvinculación de los poderes estatales desaparece, requiriéndose que la adecuación o terminación de los acuerdos internacionales se realice a través del poder que originalmente lo suscribió.

Parece claro, pues, que si la rectificación de un Tratado se lleva a cabo por medio del Poder Ejecutivo, es lógico que su terminación implique la intervención de ese mismo poder. No hay duda de que el órgano que mejor conoce un Tratado es el que tiene la oportunidad de negociar sus términos y condiciones.<sup>622</sup>

---

<sup>621</sup> No es foco de nuestro trabajo realizar un estudio de la legislación estatal para determinar el procedimiento que siguen, por lo que partimos de esta premisa para formular nuestras hipótesis.

<sup>622</sup> En algunos países, el ejecutivo que incumpla una sentencia, puede significar un juicio político en el seno del Congreso Nacional.

**b. EL DEFENSOR DEL PUEBLO (*OMBUDSMAN*) EN EJERCICIO DE SU LIMITADO PODER LEGAL**

Un órgano estatal que podría, con sus limitaciones, verse involucrado en la ejecución del artículo 64 de la CVDT es el Defensor del Pueblo u *Ombudsman*. Vale aclarar aquí que su importancia no radica en la influencia, por demás nula, que podría tener frente al Derecho Internacional, sino que su utilidad vendría dada ante la posibilidad de condicionar la actuación de los órganos de la administración pública que tengan como cometido implementar la referida decisión de terminación. Por lo tanto, en el caso de que este órgano advierta que la administración no ejecuta una determinada sentencia, podrá realizar las recomendaciones oportunas si bien éstas no tendrán un carácter vinculante. Consecuentemente, debemos puntualizar que no hay obligación alguna de acatar las recomendaciones que realice el *Ombudsman* con respecto a una norma imperativa o a la ejecutoriedad de una sentencia que ordene terminar un Tratado por infringir una norma de tal naturaleza.

**iii. EL *IUS COGENS* FRENTE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS ENCARGADOS DE APLICAR LA DECISIÓN: EL CRITERIO DE “BUENA ADMINISTRACIÓN”**

Las fuentes de Derecho Internacional, una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno del Estado, son de aplicación inmediata por sus órganos judiciales y administrativos, siempre que sean *self-executing*, es decir: que no requieran la adopción de leyes y/o disposiciones de rango inferior que las complementen o desarrollen.

Tomando como punto de partida lo previsto en el párrafo anterior y enlazándolo con la premisa relativa al “derecho a una buena administración”, debemos destacar que cualquier servidor público debería estar en total capacidad de actuar con criterios mínimos de ética y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, sean éstos de carácter internacional o domésticos. Siendo así las cosas, debemos aclarar una vez más que el *ius cogens*, como fuente de Derecho Internacional, constituye “no solamente derecho supranacional sino también, al propio tiempo, un Derecho interno vigente y exigible de pleno derecho a toda situación jurídica. Esto apareja la obligación de las autoridades administrativas nacionales de

cumplirlas y ejecutarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales, nacionales o internacionales, según su competencia y el caso.”<sup>623</sup> Por lo tanto, en el caso de que se advierta la existencia de una decisión de terminación, el funcionario público de turno deberá acatarla sin mayor dilación. Claramente, el poder discrecional de la administración pública no puede concebirse separado del principio de legalidad y, en el supuesto de hacer caso omiso a la orden de adecuación o terminación de un Tratado, se podrá exigir la responsabilidad pertinente.<sup>624</sup>

Así pues, la obligación de cumplimiento o acatamiento de una decisión judicial de tales características se articula por medio del *principio de unidad del Estado*<sup>625</sup>, lo que permite que “obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general” -como las denomina el artículo 40 del Proyecto CDI Estado (2001)-, se extiendan no sólo al Estado como ente abstracto, sino a aquellos órganos e individuos que lo componen. Con respecto a esta última afirmación, cabe indicar que las omisiones propias de dichos órganos pueden constituirse como una falta evidente de las obligaciones que les son internacionalmente exigidas.<sup>626</sup>

En suma, la aplicación del referido principio significa que las acciones u omisiones de órganos domésticos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional,<sup>627</sup> incluyendo no sólo a los órganos de la administración central, los funcionarios de nivel superior o las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado, sino también “(...) a los

---

<sup>623</sup> Cfr. PEÑA PÉREZ, Carácter Vinculante de las Fuentes de Derecho Internacional en la Administración Pública, *op. cit.*, p. 79.

<sup>624</sup> En efecto, “todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.” Vid. AYALA, C. M.: “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos” en *Sesión de trabajo sobre la implementación de los compromisos y los estándares internacionales de los derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, D.C. 2003. p. 91.

<sup>625</sup> Vid. CIJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999, p. 62, p. 87, § 62; Vid. UNRIAA, *Claims of Italian National Resident in Peru*, Vol. 25, 1901, p. 399; p. 401, p. 404, 407- 409, 411; Vid. UNRIAA, *Salvador Commercial Company*, Vol. 15, 1902, p. 455, p. 477; UNRIAA, *Finnish Shipowners Case*, Vol. 3, 1934, p. 1479, p. 1501; Vid. Proyecto CDI Estado (2001), Comentario al art. 4, §§ 2-4, 6.

<sup>626</sup> Vid. Laudo del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” de MERCOSUR, Argentina vs. Uruguay, 6 de septiembre de 2006, p. 37, §§ 53-187.

<sup>627</sup> Vid. Proyecto CDI Estado, *op. cit.*, Comentario al art. 4, § 5.

órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive a nivel provincial o incluso local.”<sup>628</sup>

Fundamentalmente esto se debe a que el comportamiento de determinadas instituciones que desempeñan funciones públicas y que ejercen prerrogativas del poder público (por ejemplo, la policía) se atribuye directamente al Estado, aún cuando el Derecho interno entienda que esas instituciones son autónomas e independientes del poder ejecutivo.<sup>629</sup> Por lo tanto, “[e]l binomio ‘respetar/hacer respetar’ significa que las obligaciones de los Estados partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aquellos Tratados por todos sus órganos y agentes, así como todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar que sus disposiciones sean respetadas por todos, en particular por los demás Estados partes. Tales deberes se sitúan claramente en el plano de obligaciones *erga omnes*. Se trata de obligaciones incondicionales, exigibles por todo Estado independientemente de su participación en un determinado conflicto, y cuyo cumplimiento integral interesa a la comunidad internacional como un todo.”<sup>630</sup>

No hay duda, pues, de que los órganos de los Estados parte de un Tratado deberán respetar y hacer cumplir la sentencia de adecuación o terminación. Parece entonces que si se incumple con la regulación imperativa, cabrá interpelar a los funcionarios correspondientes. No obstante, en el día a día, no apreciamos la existencia de una obligación formal por parte de las altas instituciones estatales de aceptar la sentencia internacional en la medida en que no existe un compromiso formal en sancionar el incumplimiento de una fuente de Derecho Internacional como lo es una norma imperativa o una sentencia dictada en virtud del artículo 64 de la CVDT.

---

<sup>628</sup> *Ibid*, Comentario al art. 4, § 6.

<sup>629</sup> *Ibid*, Comentario al Capítulo II: Atribución de un Comportamiento al Estado, § 6.

<sup>630</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Desarrollo de las Relaciones entre el Derecho internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su amplia dimensión”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IDH)*, Vol. 15, p. 49.

### **3. LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES QUE PUEDEN DERIVARSE DE UNA SENTENCIA DE TERMINACIÓN**

Cuando finalmente se dicta una sentencia que ordena terminar un Tratado contrario al *ius cogens*, se hace imprescindible determinar si las obligaciones que emanan de ella, son de medios o de resultados (A) y, sea cual sea, el tipo de obligaciones que puede enmanar de ellas, atendiendo a su carácter sustantivo o económico (B).

#### **A. LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE UNA SENTENCIA DICTADA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT, ¿SON OBLIGACIONES DE MEDIOS O DE RESULTADOS?**

Se ha planteado la discusión de si las obligaciones emanadas de una decisión que ordena la terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT. Teniendo en cuenta esta observación, es crucial aclarar si las obligaciones emanadas de las normas de *ius cogens* son de conducta o de resultado.

En este sentido, al hablar de los derechos humanos y las obligaciones emanadas de la CADH, debemos mencionar que “(...) [l]as obligaciones del Estado son de diligencia y resultado, no sólo de mera conducta (como la adopción de medidas legislativas insuficientes e insatisfactorias). En efecto, el examen de la distinción entre obligaciones de conducta y de resultado a la luz sobre todo de la labor de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados ha tendido a efectuarse en un plano puramente teórico, presuponiendo variaciones en la conducta del Estado e, inclusive, una sucesión de actos por parte de este último, -sin tomar en cuenta de forma suficiente y debida una situación en que súbitamente ocurre un daño irreparable a la persona humana (v.g. la privación del derecho a la vida por la falta de la debida diligencia del Estado)”<sup>631</sup>.

---

<sup>631</sup> Cfr. Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Op. Cit., Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, § 23.

De manera más específica, algunos Estados se han referido a la fuerza vinculante y obligatoria del *ius cogens*. Este es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha tenido oportunidad de sostener lo siguiente:

“Los Tratados en los que se plasma el Derecho Internacional humanitario son, por el contrario, una buena muestra de que en ellos los Estados contratantes no aparecen en condición de reales o potenciales beneficiarios sino únicamente como obligados. Además, la fuerza vinculante de ellos no depende ya de la de la voluntad de un Estado en particular, sino, primordialmente, del hecho de que la costumbre entre a formar parte del corpus del Derecho Internacional. Por lo demás, en estos Tratados no opera el tradicional principio de la reciprocidad ni tampoco, - como lo pone de presente la Corte Internacional de Justicia en el caso del conflicto entre EEUU y Nicaragua -, son susceptibles de reserva (...)

(...) Luego de la entrada en vigencia de la Carta de Naciones Unidas, son obligatorias todas las normas relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales y a la prohibición del uso de la fuerza (art. 2-4).

Esta idea ha sido recogida por el artículo 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, según el cual es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional general, entendiendo por ello, "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

(...) En síntesis, los principios del Derecho Internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de Derecho Internacional... De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El Derecho Internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo.”<sup>632</sup>

---

<sup>632</sup> Subrayados nuestros. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-574, 28 de octubre de 1992; Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-027/93, 5 de febrero de 1993.



Estamos, en definitiva, ante obligaciones de resultado y no de comportamiento, puesto que, de lo contrario, no estaríamos ante verdaderas normas imperativas.<sup>633</sup> Queda terminante prohibido, por tanto, no solo incumplir con las normas imperativas, sino también no acatar y ejecutar la decisión en la cual *ius cogens* queda debidamente explicitado o expresado. Así pues, cuando se dicta una sentencia en virtud del artículo 64 de la CVDT, los Estados a los que se les ha ordenado adecuar o rectificar un Tratado poseen la obligación ineludible de cumplir con ello.

Esta obligación de cumplimiento o acatamiento de la decisión se articula por medio del *principio de unidad del Estado*<sup>634</sup>, lo que permite que “obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general” -como las denomina el artículo 40 del Proyecto CDI Estado (2001)-, se extiendan no sólo al Estado como ente abstracto, sino a aquellos órganos e individuos que lo componen. Con respecto a esta última cuestión, cabe indicar que las omisiones propias de dichos órganos pueden constituirse como una falta evidente de las obligaciones que les son internacionalmente exigidas.<sup>635</sup>

## **B. LAS OBLIGACIONES CATALOGADAS POR EL TIPO DE SATISFACCIÓN JURÍDICA: SUSTANTIVO Y ECONÓMICO**

Ante sentencias que establecen obligaciones específicas, los Estados suelen adoptar medidas dirigidas a satisfacer las necesidades de aquellos a los que debe su existencia: los ciudadanos. Para lograr este objetivo, se deben ponderar dos tipos de obligaciones que se derivan de una sentencia internacional. A saber: las obligaciones de carácter sustantivo (a) y las obligaciones de carácter económico (b)<sup>636</sup>.

---

<sup>633</sup> Vid. Corte IDH, *Baldeón García vs. Perú*, 6 de abril de 2006, Serie C Núm. 147, Voto razonado del Juez Cançado Trindade, § 12.

<sup>634</sup> Vid. CIJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999, p. 62, p. 87, § 62; Vid. UNRIAA, *Claims of Italian National Resident in Peru*, Vol. 25, 1901, p. 399; p. 401, p. 404, 407- 409, 411; Vid. UNRIAA, *Salvador Commercial Company*, Vol. 15, 1902, p. 455, p. 477; UNRIAA, *Finnish Shipowners Case*, *op.cit.*, p. 1479, p. 1501; Vid. . Proyecto CDI Estado. *Op. cit.* Comentario al art. 4, §§ 2-4, 6.

<sup>635</sup> Vid. Laudo del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” de MERCOSUR, Argentina vs. Uruguay, 6 de septiembre de 2006, p. 37, §§ 53-187.

<sup>636</sup> Cfr. PEÑA PÉREZ, *El Carácter Vinculante de las Fuentes de Derecho Internacional en la Administración Pública*, *op. cit.*, pp. 61-62.

## **i. OBLIGACIONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO**

Al margen de los principios generales que hemos desarrollado en este trabajo y de aquellos otros que puedan ser establecidos de manera particular en un Tratado que ha previsto su terminación y el procedimiento de ejecución a seguir, debemos aclarar que ni la CVDT ni ningún instrumento de carácter universal hacen alguna referencia a cómo ni a qué herramientas se pueden utilizar para proceder a ello.

El reconocimiento o surgimiento de una *norma ius cogens*, lleva automáticamente aparejadas un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer, “(...) cuyo contenido debe lógicamente especificarse e interpretarse para cada una de ellas. Por lo que se refiere a los Estados las obligaciones impuestas son las de cumplir ellos mismos la prohibición, la de prevenir toda violación de ésta que derive directamente de sus conductas y que vaya a ser cometida por terceros (Estados o particulares), la de hacer cumplir a terceros la prohibición indicada incluso reprimiendo penalmente las conductas particulares que la violaran y, finalmente, la de establecer los mecanismos para, en su caso, otorgar a las víctimas de la violación en cuestión una reparación adecuada.”<sup>637</sup>

## **ii. OBLIGACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO**

Diversas legislaciones internas reconocen la responsabilidad patrimonial del Estado cuando incurre en una acción u omisión antijurídica, siendo indemnizables los daños de cualquier tipo, ya sean patrimoniales, físicos o morales. Así pues, si el sistema funciona de forma apropiada, todo aquel que obtenga una sentencia a su favor ante una reclamación hecha al Estado por violar una norma imperativa, será económicamente resarcido. Teniendo en cuenta lo anterior, ¿qué sucede si la administración en cuestión no posee las fuentes económicas pertinentes para cumplir con el referido compromiso de pago? A este respecto, debemos indicar que la administración pública no puede no satisfacer dicho requerimiento ante la ausencia de fondos previstos para tal fin. Asimismo, tampoco podrá argumentar que proceder al mencionado pago mermará la buena marcha de sus actuaciones.

---

<sup>637</sup> Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.: “Los Límites de la Noción Formal de Orden Público Internacional”, *op. cit.*, p. 828.

En relación con todas estas cuestiones, debemos mencionar el caso de Argentina. Dicho país, a través de la ley 23.982 (B.O.N. 26-VIII-1991), determinó en su artículo 22 lo siguiente: si los órganos de la Administración carecieran de fondos presupuestarios para pagar sus deudas en la ley de presupuesto del año siguiente al de la sentencia de reconocimiento, el poder ejecutivo comunicará al congreso de dicho país todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes y, a partir de la clausura del período de sesiones ordinarias del mismo (en el que deberá haberse tratado la ley de presupuesto que contenga el crédito presupuestario en cuestión), el acreedor quedará facultado para solicitar la ejecución judicial de la sentencia. Cuando el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el poder ejecutivo podrá efectuar las provisiones necesarias a fin de incluirlo en el ejercicio siguiente. Para ello, el Ministerio de Hacienda o quien dirija la administración financiera del país, deberá tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del cierre del año presupuestario.

En cuanto al principio de legalidad presupuestaria que rige en todo ordenamiento jurídico, cabe destacar que el gasto que genere el cumplimiento de sentencias judiciales firmes no necesita previsión presupuestaria, dado que en caso de no existir ésta, el poder ejecutivo o aquel que tenga esta competencia, está habilitado a autorizar tales pagos con obligación de dar cuenta -de forma inmediata- a los órganos deliberativos correspondientes. Sea como fuere, este tipo de cuestiones han sido ampliamente discutidas y, así se ha puesto de relieve en el artículo 30 del Proyecto CDI-Estados, el cual se refiere de forma específica al constreñimiento y a la coerción.

En este orden de ideas, resulta apropiado mencionar el asunto *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*. En ese caso, la CIJ declaró a Albania responsable de los hechos ocurridos en sus aguas durante el mes de octubre de 1946, así como de los daños y pérdidas humanas provocadas al Reino Unido que fueron contabilizados en el asunto *Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (1949)*.<sup>638</sup> El país británico estaba preparado para confiscar los activos que poseía Albania en su territorio cuando éste último no pagó las indemnizaciones que le fueron impuestas por la

---

<sup>638</sup> Vid. CIJ, *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, Judgment of December 15th, 1949, p. 244, pp. 250, 258, 260.

CII. Sin embargo, dicho asunto no tuvo mayor repercusión debido a que Reino Unido no encontró los activos necesarios para perseguir el crédito que se derivó de dicha decisión.

En cualquier caso, al margen del citado caso, conviene subrayar que a través de la aplicación de ciertas contramedidas o simplemente haciendo uso del apremio político, militar y/o económico estatal, se puede obligar a un país a continuar con la ejecución de un Tratado contrario a normas imperativas o, directamente, a terminarlo conforme al artículo 64 de la CVDT.

## **II. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES GENERADAS DE LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN DE UN TRATADO**

La sentencia judicial entraña la manifestación de un acto de voluntad del juez que, ajustándose a un ordenamiento jurídico determinado, procura delimitar los alcances y efectos de los derechos y obligaciones contenidos en ella, y otorgarles la eficacia necesaria -ya que conlleva en sí misma la posibilidad de una ejecución forzosa-. En el caso de terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT, pueden precisarse varios derechos (A) y obligaciones (B).

La particularidad de estas decisiones será que, al tratarse de normas de *ius cogens*, éstas no tendrán como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes en conflicto, sino establecer un sistema de protección que trasciende las partes en conflicto y los ordenamientos jurídicos nacionales

### **A. LOS DERECHOS DERIVADOS DE LAS NORMAS IMPERATIVAS Y DE LA SENTENCIA DE TERMINACIÓN**

Al ser dictada una sentencia, son reconocidos formalmente ciertos derechos que, en el caso que nos ocupa, se derivarían de la aplicación del artículo 64 de la CVDT. Entre ellos, se encuentra el derecho a que la sentencia sea ejecutada. Como ha sostenido la doctrina, “el derecho a la ejecución de las sentencias de condena contra el Estado se encuentra implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 75 inc.

22, al remitir al Pacto de San José de Costa Rica, art. 8), pues ella no sería efectiva si se limitara al solo acceso a la justicia o culminara con la determinación de los derechos u obligaciones (...)”<sup>639</sup>.

En igual sentido, un tribunal que soluciona una controversia debe poder ejecutar lo juzgado. En definitiva, en las referidas circunstancias, el órgano judicial de turno debe poder hacer uso de la fuerza estatal oportuna para hacer cumplir con la sentencia en cuestión y, además, de dicha facultad se podrá visualizar la efectividad operativa del artículo 64 de la CVDT. La parte más escéptica de la doctrina, afirma que, aún la existencia conceptual de determinadas obligaciones con carácter *erga omnes*, no es posible pensar en derechos y obligaciones imperativas para todos, incluyendo a terceros ajenos a la controversia.<sup>640</sup>

Como ya afirmamos, para aplicar el Derecho Internacional al ámbito del Derecho interno, el Estado posee margen de libertad a la hora de organizar y realizar por sus propios medios la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal internacional, siempre que no exista una estructura jerárquica de la jurisdicción internacional que permita recurrir alguna decisión de terminación de un Tratado contrario al *ius cogens* en virtud del artículo 64 de la CVDT. En efecto, “(...) en un ordenamiento estatal cualquiera, la norma que impone para la solución de un conflicto jurídico la decisión final, obligatoria y ejecutiva dictada por una sentencia de un tribunal supremo determinado ‘cierra’ (*non licet*) el sistema jurídico interno dando prevalencia efectiva en cada caso a las normas del más alto rango. Desde esta perspectiva de plenitud jurisdiccional, la denominada “proliferación” de tribunales internacionales autónomos, potencialmente competentes para decidir idénticos litigios, aparecen como un defecto menor del sistema internacional que, como se sabe, carece de ‘jurisdicción suprema de cierre obligatorio, particularmente porque las Grandes Potencias se niegan a admitirla incluso respecto a litigios relativos al respecto de normas generales imperativas.”<sup>641</sup>

---

<sup>639</sup> Cfr. HUTCHINSON, T. (2001): El Proceso de Ejecución de Sentencias contra el Estado en *Revista de Derecho Procesal*, II.

<sup>640</sup> QUIRICO, O.: “A Formal Prescriptive Approach to General Principles of (International) Law” en *European University Institute Working Paper Núm. LAW 2007/19*, 2007, p. 20.

<sup>641</sup> Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.: “Los Límites de la Noción Formal de Orden Público Internacional”, *op. cit.*, p. 827.

Aclaremos, de todos modos, que esto no quiere decir “(...) que las sentencias internacionales no deban ser inmediatamente ejecutadas sin apelación y sin que el Estado obligado a su cumplimiento pueda eludirlo impugnando de alguna manera el fundamento de la sentencia. (...) Lo que está en juego en los casos extremos de inejecución no es la obligatoriedad de la sentencia, sino su propia existencia válida y regular (...)”<sup>642</sup>. Y es que el carácter coactivo de las normas jurídicas exige que el Estado deba, llegado el caso, hacer uso de la fuerza para imponer el cumplimiento de las resoluciones de sus tribunales.

Por lo tanto, el objeto de las sentencias que involucren al *ius cogens* y, específicamente, una que ordene la terminación como *ultima ratio*, consiste en garantizar el respeto de la nueva norma imperativa, para lo cual no sólo se debe reponer el derecho y/o indemnizar, sino además y principalmente obligar a la autoridad a actuar en el sentido de respetarlas y de cumplir con lo que éstas exijan.

Al fiscalizar la ejecutoriedad de las sentencias dictadas con ocasión del artículo 3 o 64 de la CVDT, surgen obligaciones esenciales y necesarias para preservar el principio de no repetición y limitar la discrecionalidad existente al aplicar el artículo 64 de la CVDT. Como consecuencia de ello, los demás miembros de la comunidad internacional podrían, en principio, solicitar al CSNU o a cualquier organismo competente, medidas que tiendan a hacer cumplir con las de satisfacción y garantía de no repetición ordenada por una sentencia de terminación de un Tratado por violación de una norma imperativa sobrevenida.

## **B. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LAS NORMAS IMPERATIVAS Y DE LA SENTENCIA DE TERMINACIÓN**

No es fácil delimitar el contenido de las obligaciones de hacer y no hacer que vinculan a terceros Estados ajenos a un Tratado. Es indudable que el *ius cogens* lleva aparejado obligaciones *erga omnes*, las cuales deben respetarse y cumplirse por parte de los que interactúan en la comunidad internacional, sean o no parte de un Tratado que viola la regulación imperativa en cuestión.

---

<sup>642</sup> Cfr. RUILOBA SANTANA, E. *Op. cit.*, p. 637.

Se debe tener claro los tipos de obligaciones que emanan de una sentencia que ordena la adecuación o terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT. Aunque no se hayan establecido de manera expresa en ningún acuerdo o en ninguna decisión jurisprudencial, del análisis realizado hemos podido extraer las distintas obligaciones que surgen de una decisión de adecuación o terminación emitida de conformidad con el artículo 64 de la CVDT, atendiendo a si son obligaciones de hacer o a obligaciones de no hacer.

## A. OBLIGACIONES DE HACER

Varias son las obligaciones que podemos definir que se derivarán de una sentencia que ordene la terminación de un Tratado por violentar una nueva norma imperativa, a saber:

*1.1 Obligación de cesación:* Los Estados tienen la obligación de hacer cesar el hecho internacionalmente ilícito.<sup>643</sup> En la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004) se afirmó que Israel tenía “la obligación de poner fin a la violación de sus obligaciones internacionales”, deteniendo “(...) de inmediato las obras de construcción del muro que está levantando en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores y dismantelar cuanto antes las partes de dicha estructura ya construidas.”<sup>644</sup> En materia de terminación, una vez constatado que existe alguna disposición de un Tratado que viola la nueva norma imperativa, tal disposición deberá ser objeto de adecuación o terminación. En cualquiera de estas dos opciones, vemos que el efecto es el mismo: detener la violación.

*1.2 Obligación de investigación:* de conformidad con el deber general de garantía, los Estados tienen la obligación de investigar, ejercer la acción correspondiente, juzgar y sancionar a los responsables de ciertos hechos.<sup>645</sup> En definitiva, el deber de investigar es un deber estatal imperativo que procede del

---

<sup>643</sup> Vid. IDI, “*Les obligations et les droits erga omnes en droit international*”, Rapporteur : Mr. Giorgio Gaja, Krakow Session, Fifth Commission, August 25th 2005, artículo 2.

<sup>644</sup> Vid. CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, p. 136, §§ 149-150.

<sup>645</sup> Vid. Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, Serie C Núm. 136, 22 de noviembre de 2005, § 100.

Derecho Internacional y no puede verse atenuado por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole.<sup>646</sup> Como ya ha señalado la Corte IDH en diversas ocasiones, en casos de vulneración de graves derechos fundamentales, sólo se garantiza su no repetición si se evita su impunidad<sup>647</sup> y si las víctimas y la sociedad pueden realmente conocer la verdad de lo sucedido.<sup>648</sup>

A este respecto, la investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación “[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.”<sup>649</sup> Por lo tanto, en caso de que un tribunal instruya la adecuación o terminación de un Tratado, el efecto directo e inmediato es el de “hacer” surgir la obligación de ejecutar la decisión en cuestión a cargo del Estado afectado y conforme a su procedimiento doméstico.

*1.3 Obligación de persecución:* ante la imposibilidad de aplicar disposiciones de un Tratado que supongan una vulneración de las normas imperativas, los Estados deberán movilizarse, no debiendo dejar impune esta situación. Para ello, según la Corte IDH, al tratar violaciones de derechos humanos considerados como normas de *ius cogens*, se “(...) debe[n] utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad.”<sup>650</sup> En caso de que un Tratado viole el *ius cogens superveniens*, deberán adoptarse las medidas necesarias para terminarlo.

---

<sup>646</sup> Vid. Corte IDH, *Vargas Areco vs. Paraguay*, Serie C Núm. 155, 26 de septiembre de 2006, § 81; Vid. Corte IDH, *Las Masacres de Ituango*, Serie C Núm. 148, 1 de julio de 2006, § 402; Vid. Corte IDH, *Baldeón García vs. Perú*, Op. Cit., § 201; Vid. Corte IDH, *Blanco Romero y Otros*, Serie C Núm. 138, 28 de noviembre de 2005, § 98.

<sup>647</sup> Vid. Corte IDH, *Vargas Areco vs. Paraguay*, Op. Cit., § 81; Vid. Corte IDH, *Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia)*, Serie C Núm. 150, 5 de julio de 2006, §§ 137, 141; Vid. Corte IDH, *Masacres de Ituango*, Op. Cit., §§ 299, 402; Vid. Corte IDH, *Baldeón García*, Op. Cit., § 195; Vid. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C Núm. 160, 25 de noviembre de 2006, § 47.

<sup>648</sup> Vid. Corte IDH, *Las Masacres de Ituango*, Op. Cit., § 289; Vid. Corte IDH, *Baldeón García*, Op. Cit., § 166; Vid. Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello*, Op. Cit., § 171; Vid. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Op. Cit., § 347; Vid. Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Op. Cit., § 139.

<sup>649</sup> Cfr. Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, Serie C Núm. 136, 22 de noviembre de 2005, § 77; Cfr. Corte IDH, *La Masacre de Mapiripán*, Op. Cit., § 219; Cfr. Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 145, 8 de febrero de 2006, § 146; Cfr. Corte IDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Op. Cit., § 61.

<sup>650</sup> Cfr. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Op. Cit., § 404; Cfr. Corte IDH, *Goiburú y otros*, Serie C Núm. 153, 22 de septiembre de 2006, § 128.



*1.4 Obligación de cooperación:* este deber de cooperación interestatal se articula conforme al artículo 2.5 de la Carta ONU. De la referida disposición legal se pueden derivar actuaciones diversas entre las cuales está la de no reconocer como lícitas las medidas tomadas frente a la violación de normas imperativas, así como la de adoptar las contramedidas pertinentes que no impliquen el uso de la fuerza contra el presunto responsable<sup>651</sup>. Sea como fuere, debe enfatizarse que la obligación de cooperar se aplica a los Estados, independientemente de que resulten o no afectados por una determinada violación grave. De hecho, la CDI concluye que “[e]l párrafo 1 trata de reforzar los mecanismos de cooperación existentes al exigir que todos los Estados respondan adecuadamente a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 40”<sup>652</sup>. Sostiene, además, que la cooperación “podrá organizarse en el marco de una organización internacional competente, en particular las Naciones Unidas. Sin embargo, el párrafo 1 también prevé la posibilidad de una colaboración no institucionalizada.”<sup>653</sup>

Sin embargo, en los comentarios del Relator Especial al artículo 15 del Proyecto CDI Estado (2001) paradójicamente se ha reconocido lo siguiente: “[p]arece que no existe una obligación general por parte de los terceros Estados de cooperar en la supresión de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado que puede haber sido cometido ya. También en este caso tiene que haber obligaciones concretas asumidas en virtud de un tratado para que exista una obligación de supresión después de cometido el hecho.”<sup>654</sup> Por lo tanto, un tercero ajeno a un Tratado que vulnere normas imperativas no estará vinculado a la decisión de terminación del mismo.

*1.5 Obligación de juzgar o extraditar (aut dedere aut judicare):* las conductas que conlleven la violación de una norma imperativa deben ser juzgadas con el interés de que sean erradicadas.<sup>655</sup> Si ello no

---

<sup>651</sup> Vid. IDI, “*Les obligations et les droits erga omnes en droit international*”, Rapporteur : Mr. Giorgio Gaja, Krakow Session, Fifth Commission, August 25th 2005, artículo 5.

<sup>652</sup> *Ibid*, §§ 2 y 3 sobre el art. 41.

<sup>653</sup> Cfr. CDI, *Proyecto CDI Estado. Op. cit.*, pp. 310-311 (§ 2 sobre el art. 41).

<sup>654</sup> CDI, *Proyecto CDI Estado, op. cit.*, p. 152

<sup>655</sup> La AGNU ha recogido, en al menos dos resoluciones, este principio. Así, en Resolución Núm. 2840 (1971) estableció de manera diáfana lo siguiente: “[u]rge a todos los Estados cumplir con las resoluciones de la Asamblea General y a adoptar medidas conformes con el Derecho Internacional para combatir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como también para asegurar el castigo de todos los culpables de tales crímenes, incluida su extradición a los países en que los cometieron”, asimismo “[u]rge además a todos los estados a cooperar entre sí, especialmente en la reunión y transmisión de información que pueda contribuir a la identificación de las personas culpables de crímenes de guerra o de

sucede, no se podrá impedir que otros lo hagan aunque para ello deberán extraditar al presunto infractor<sup>656</sup>. En tal sentido, las normas de *ius cogens* favorecen la creación de figuras como la referida *jurisdicción universal* a través de la cual el ordenamiento jurídico interno de un país establece una excepción a su competencia jurisdiccional, permitiendo que crímenes de trascendencia universal - genocidio, tortura, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, etc.- sean juzgados aún cuando no exista vinculación alguna con la nacionalidad del perpetrador, de las víctimas o con el lugar en el que se cometió el grave ilícito.<sup>657</sup>

A la luz de lo anterior y en materia del artículo 64 de la CVDT, cabe señalar que existe una obligación de terminar el Tratado que infrinja el *ius cogens*, siempre que se haya decidido - voluntariamente- no proceder a su adecuación. Por lo tanto, en caso de que un Estado no quiera o no pueda terminar dicho Tratado, no deberá impedir que otro sí lo haga.

*1.6 Obligación de reponer el derecho violado o resarcir el daño causado:* esta obligación conlleva que el Estado de turno debe adoptar las medidas adecuadas para revertir o resarcir el daño causado.<sup>658</sup> Así queda explicitado en el artículo 41.1 del Proyecto CDI (2001) conforme al cual los Estados deben “(...) cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave” en relación con obligaciones que emanen de normas imperativas.

---

crímenes de lesa humanidad, y a su detención, extradición, enjuiciamiento y castigo.” *Cfr.* AGNU, Resolución Núm. 2840 (XXVI) Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, 2025<sup>a</sup>. Sesión Plenaria, 18 de diciembre de 1971, §§ 1-2. Posteriormente, en la Resolución Núm. 3074 (1973), la Asamblea General de la ONU retomó estos criterios, proclamando algunos principios de cooperación internacional para la prevención y sanción de tales crímenes. A tales fines, se reconoció la necesidad de tomar “(...) todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin”, debiéndose prestar “(...) mutua ayuda a los efectos de identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores (...)” tanto en lo relativo a la “(...) compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación (...)” *Cfr.* AGNU, Resolución Núm. 3074 (XXVIII) Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de lesa humanidad, 2187<sup>a</sup>. Sesión Plenaria, 3 de diciembre de 1973, §§ 3-6. *Vid.* Corte IDH, *Goiburú y otros*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 153, 22 de septiembre de 2006, § 131; *Vid.* Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, Serie C Núm. 162, 29 de noviembre de 2006, § 157.

<sup>656</sup> *Vid.* HURWITZ, Deena R., *op. cit.*, p. 272.

<sup>657</sup> En el asunto *Pinochet*, Lord Hope enfatizó que la naturaleza imperativa de la obligación de enjuiciar crímenes cometidos en perjuicio del *ius cogens* impone una obligación de carácter *erga omnes*, la cual hace referencia a la necesidad de que los Estados sancionen conductas de cierta gravedad. *Vid.* Lord Hope, *Pinochet*, 2 All ER (1999), 147.

<sup>658</sup> *Vid.* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho Internacional Contemporáneo*, *op. cit.*, p. 81.

Consecuentemente, el Estado que incumple con las obligaciones *erga omnes*, restituirá el derecho violado, siempre y cuando ello sea posible. Si no lo fuera, deberá repararlo.<sup>659</sup> En este sentido, debemos mencionar el asunto *Spanish Zone of Morocco Claims* (1924) en la medida en que en dicho caso el Juez Max Huber estableció que “[la] responsabilidad es el corolario necesario de un derecho. Todos los derechos de carácter internacional envuelven la responsabilidad internacional. Si la obligación en cuestión no es cumplida, la responsabilidad conlleva el deber de reparar.”<sup>660</sup> Este criterio se repitió en el referido asunto *Barcelona Traction* (1970).<sup>661</sup> Posteriormente, en el asunto *Factory at Chorzów* (1927), la CPJI indicó lo siguiente: “[e]s un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso involucra una obligación de reparar en forma adecuada.”<sup>662</sup> Además, en la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004), se puso de relieve que Israel estaba obligada a reparar los daños provocados y, como consecuencia de ello, indemnizar a las personas físicas o jurídicas “que hayan sufrido cualquier forma de daños materiales como consecuencia de la construcción del muro.”<sup>663</sup> Asimismo, en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2007), la CIJ volvió a reconocer la obligación de reparar cuando se ha violado una obligación internacional.<sup>664</sup> De lo anterior, podemos concluir que este tipo de obligaciones no son facultativas.

*1.7 Medidas de satisfacción y garantía de no repetición: La ejecutoriedad de las sentencias:* en aras de cumplir con la obligación de investigar y, en su caso, de sancionar a los responsables que cometen hechos ilícitos, el Estado debe evitar y, consecuentemente, hacer desaparecer toda clase de obstáculos que, *de facto* y/o *de jure*, favorezcan la impunidad. En definitiva, utilizará los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos con el firme propósito de evitar la perpetración de hechos graves.<sup>665</sup>

<sup>659</sup> Vid. IDI, “*Les obligations et les droits erga omnes en droit international*”, Rapporteur : Mr. Giorgio Gaja, Krakow Session, Fifth Commission, August 25th 2005, artículo 2.b.

<sup>660</sup> Cfr. UNRIIAA, *Spanish Zone of Morocco Claims (Great Britain vs. Spain)*, 1925, pp. 615-617.

<sup>661</sup> Vid. CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. Case (Belgium vs. Spain)*, 1970, § 36.

<sup>662</sup> La traducción es nuestra. Cfr. CPJI, *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Series A Núm. 9, 1927, p. 21.

<sup>663</sup> Cfr. CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, p. 136, p. 199, § 155.

<sup>664</sup> Vid. CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 2007, p. 232, §§ 459.

<sup>665</sup> Vid. Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, Op. Cit., § 226; Vid.. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Op. Cit., § 405.

## **B. OBLIGACIONES DE NO HACER**

Además de las obligaciones de carácter positivo arriba descritas, la sentencia dictada en virtud del artículo 64 de la CVDT generaría una obligación *erga omnes* de naturaleza: negativa: *no prestación de ayuda o asistencia*. Así las cosas, conforme al artículo 41 del Proyecto CDI Estado (2001), ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación de una obligación internacional -como la que se genera de una norma imperativa- ni prestará ayuda o asistencia para mantenerla.

## **III.LA EJECUCIÓN FORZOSA DE UNA SENTENCIA QUE ORDENA LA TERMINACIÓN DE UN TRATADO**

Para comprender las consecuencias que se derivan del incumplimiento de una sentencia que ordena la terminación de un Tratado en contra del *ius cogens*, se debe establecer si es posible acudir a las contramedidas como un recurso posible para conminar a un sujeto a cumplir con tal decisión. Asimismo, habrá que concluir si se genera la responsabilidad internacional pertinente por el incumplimiento de la misma.

### **1. LAS CONTRAMEDIDAS COMO RECURSO COERCITIVO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER DERIVADAS DE LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN**

Existen herramientas de carácter coercitivo como las contramedidas<sup>666</sup> que hacen justiciable una decisión de terminación de un Tratado contrario al *ius cogens*. Ahora bien, debemos recalcar que éstas únicamente podrán implementarse cuando se reúnan las siguientes condiciones: (i) deben ser tomadas en respuesta a un acto previo de ilicitud de otro Estado y deben ser impuestas directamente al Estado que viola la obligación internacional; (ii) el Estado afectado debe agotar previamente todos los recursos

---

<sup>666</sup> Vid. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United State of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 127, § 249; Vid. UNRIIAA, *Arbitral Award of 9 December 1978 in the case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 (United States of America vs. France)*, Vol. 28, pp. 443 *et seq.*; Vid. Proyecto CDI-Estado (1996), artículos 47-50, Fifty-First Session, Supplement Núm. 10 (A/51110), pp. 144-145.

disponibles con el propósito de poner fin a la práctica violatoria en cuestión y no haber obtenido respuesta satisfactoria; y, por último, (iii) los efectos producidos por la implementación de las referidas contramedidas deben ser proporcionales al daño sufrido. Como colofón a lo previamente explicado, debe advertirse que todo lo anterior debe realizarse con el fin de que éstas sean reversibles.<sup>667</sup>

Conforme indica el Proyecto CDI-Estado (2001), “[l]as contramedidas deben distinguirse claramente de la terminación o suspensión de las relaciones convencionales en razón de la violación grave de un tratado por otro Estado, como se dispone en el artículo 60 de la CVDT sobre el Derecho de los Tratados. Cuando se da por terminado un tratado o se suspende su aplicación de conformidad con el artículo 60, se verán afectadas las obligaciones jurídicas sustantivas de los Estados partes, pero esto es completamente diferente de la cuestión de la responsabilidad que ya haya podido generar la violación. Las contramedidas suponen un comportamiento que va en derogación de una obligación convencional subsistente, pero que se justifica como respuesta necesaria y proporcionada a un hecho internacionalmente ilícito del Estado contra el que se adoptan las contramedidas. Son esencialmente de carácter temporal, se adoptan para lograr un fin concreto, y su justificación termina una vez alcanzado ese fin.”<sup>668</sup>

En este contexto, conviene señalar que al hablar de las citadas contramedidas -a la luz del artículo 49.2 del Proyecto CDI (2001)- debemos enmarcarnos en las obligaciones internacionales que el Estado lesionado tiene para con el Estado responsable. La falta de cumplimiento de una decisión que ordena la terminación de un Tratado que violenta una norma imperativa tiene perfecta cabida en dicho marco aplicativo.<sup>669</sup> Si ello lo trasladamos al ámbito del *ius cogens superveniens* como causa de terminación de un Tratado advertimos lo siguiente: la terminación como contramedida causa un efecto directo a los Estados parte -la terminación *per se*- y un efecto indirecto frente a los demás actores -obligaciones de solidaridad-.

---

<sup>667</sup> Vid. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, pp. 55-57, §§ 83-87; Vid. Proyecto CDI-Estado (2001), artículo 49.3.

<sup>668</sup> Cfr. Proyecto CDI Estado, *op. cit.*, , § 4 del comentario del artículo 49.

<sup>669</sup> Vemos multiplicidad de decisiones que han sido adoptadas en un tribunal internacional y, en el seno de algún organismo regional, como la OEA, la Unión Europea, la ONU, entre otros. En principio, la Asamblea de la organización podría medidas específicas para forzar el cumplimiento, como podrían ser restricciones económicas, etcétera.

Además, si el Estado que debe adaptar un Tratado al *ius cogens superveniens* se niega o no actúa con el propósito de adecuarlo, los Estados afectados podrán ir en su contra una vez hayan transcurrido los tres meses que exige el artículo 65.2 de la CVDT. Asimismo y como ya se anticipó, toda decisión que ordene la terminación de un Tratado que violente normas imperativas debe ser proporcional a la violación causada.

Al hilo de lo anterior, también resulta adecuado indicar que a la hora de aplicar las contramedidas oportunas es necesario contactar con el Estado infractor para invitarlo a no continuar con la práctica violatoria. Esta oportunidad que se le da es, a nuestro entender, una vulneración del *ius cogens* y, en consecuencia, generará la pertinente responsabilidad internacional. ¿Por qué concluimos de este modo?

Para dar respuesta al anterior interrogante nos planteamos lo siguiente: ¿es posible que dos Estados tengan la posibilidad de negociar los términos y condiciones en los que se dará cumplimiento a una decisión con autoridad de cosa juzgada cuando decida sobre la terminación de un Tratado que vulnera normas de *ius cogens*? Si bien puede parecer correcto dar al Estado la oportunidad de finalizar con el ilícito que lesiona la norma imperativa, ello no necesariamente implica el cese de los efectos presentes y futuros de tal violación y, mucho menos, revertir lo acontecido en el pasado. De hecho, entendemos que es posible dar una oportunidad al Estado infractor en el sentido de reponer o resarcir el daño causado ante la violación del *ius cogens*, pero eso no conllevará la inexistencia del hecho ilícito cometido.

De todas maneras, ante la naturaleza de la regulación imperativa, decidir terminar un Tratado por medio de una contramedida no revestirá un carácter temporal, tal y como este tipo de iniciativas sugieren. Claramente, los efectos que se produzcan tendrán un carácter definitivo y, en consecuencia, la situación no podrá revertirse. Sea como fuere, el artículo 49.3 del Proyecto CDI Estado (2001) determina que “en lo posible” tales medidas serán reversibles.

## A. CONTRAMEDIDAS IMPLEMENTADAS POR TERCEROS ESTADOS AJENOS A UN TRATADO

Como pudimos observar, bajo ciertas condiciones y requisitos hasta ahora establecidos únicamente por la jurisprudencia internacional, un Estado lesionado puede adotar *contramedidas*<sup>670</sup> con el propósito de inducir al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones primarias y secundarias.

La cuestión más difícil de resolver aquí es saber si Estados distintos a los lesionados pueden recurrir a la aplicación de las comentadas contramedidas. Para ello, como primer paso, debe determinarse cuándo puede considerarse que un Estado ha sido lesionado y, posteriormente, concretar qué tipo de medidas se pueden tomar. En este sentido, debemos indicar que la regulación internacional no es excesivamente clarificadora. Así lo indica la CDI en el Proyecto CDI-Estado (2001) cuando examina varios precedentes para llegar a la conclusión de que “el estado actual del Derecho Internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto. La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados. En la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo.” En consecuencia, “deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del Derecho Internacional.”<sup>671</sup>

No obstante, debemos subrayar que el artículo 54 del Proyecto CDI-Estado (2001) no prejuzga el derecho de un tercer Estado -distinto del lesionado- a tomar medidas lícitas contra el Estado infractor “para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.”<sup>672</sup>

Al hilo de todas estas consideraciones, resulta de lo más razonable el debate ya tratado en parte anterior de este trabajo, en torno a si cualquier medida ordenada por una sentencia relativa a una norma

---

<sup>670</sup> Para aclarar, “contramedidas” es el término actualmente utilizado para referirse a las anteriormente llamadas “represalias” - al menos fuera del contexto de los conflictos armados internacionales-. Vid. *Proyecto CDI Estado (2001)*, op. cit., p. 357 (§ 3, antes del art. 49).

<sup>671</sup> *Ibid.*, p. 392, § 6 sobre el art. 54.

<sup>672</sup> *Ibid.*, p. 360, § 9.

imperativa conforme los artículos 53 y 64 de la CVDT podrá ser de carácter general -erga omnes- o de carácter bilateral -solo para los Estados envueltos en la controversia-, dependiendo de la gravedad de la violación. La respuesta a esto es, en resumen, que todos los Estados -incluyendo a terceros ajenos al proceso-pueden aplicar voluntariamente la sentencia de terminación de un Tratado en virtud del artículo 53 de la CVDT o interpretar para sí algunas de los considerandos dispuestos en ella, pero serán solo los que fueron parte del proceso y directamente afectados los que podrían ser conminados legalmente para cumplir con la referida decisión judicial.<sup>673</sup>

Se ha llegado a considerar, consecuentemente, si las contramedidas realmente pertenecen al monopolio de los Estados directamente afectados por el hecho ilícito o si, por el contrario, el derecho a hacer uso de las mismas trasciende de aquéllos, especialmente en lo que se refiere al incumplimiento de obligaciones establecidas para proteger un interés colectivo. De la lectura de las decisiones de la CIJ se derivan conclusiones que permiten afirmar la posibilidad de la aplicación de contramedidas por parte de un tercer Estado. Hemos visto como en la práctica las anteriores explicaciones han encontrado asidero cuando los Estados han sancionado de manera política las vulneraciones de normas *erga omnes* a nivel internacional en relación con la aplicación de medidas asimilables a las contramedidas. Un claro ejemplo de ello son los sucesos que tuvieron lugar durante la crisis de Kosovo<sup>674</sup> o las medidas tomadas por los EEUU en 1978 por el Genocidio de Uganda.<sup>675</sup>

Sea como fuere, ciertos riesgos pueden generarse cuando un tercer Estado intenta aplicar contramedidas contra un Estado infractor en la medida en que aunque es cierto que las obligaciones *erga omnes* y los valores que de ella devengan deben ser preservados, es muy probable que cuando un tercer Estado trate de controlar la ejecución de una decisión que no le es vinculante surjan ciertas complicaciones.<sup>676</sup> Es más, si finalmente se acogiera tal teoría, se estaría abriendo el camino a que los Estados perseguidores impusiesen la aplicación de ciertas medidas que podrían llegar a auspiciar un estado

---

<sup>673</sup> Vid. QUIRICO, O. *op. cit.*, p. 26.

<sup>674</sup> Vid. Simma, B.: "NATO, The UN and The Use Of Force: Legal Aspects" en *European Journal Of International Law*, Vol. 10 (1): 1-22, 1999, p.

<sup>675</sup> Vid. KATSELLI, E.: "Countermeasures by Non-Injured States in the Law on State Responsibility", en *European Society of International Law*, 2005, p. 4.

<sup>676</sup> Vid. WEIL, P., *op. cit.*,



de caos constante y de violencia.<sup>677</sup> Por lo tanto, no parece posible que, en materia de Tratados contrarios al *ius cogens*, terceros Estados hagan justiciable la posibilidad de imponer contramedidas para lograr la ejecutoriedad de una sentencia que ordene la citada terminación.

## **B. EL IRRELEVANTE PAPEL DESEMPEÑADO POR EL CSNU EN MATERIA DE TERMINACIÓN DE TRATADOS**

En materia de terminación de Tratados no existe un órgano ejecutor que tenga el deber de hacer cumplir tal decisión. Sea como fuere, conviene traer a colación el artículo 94.2<sup>678</sup> de la Carta de la ONU conforme al cual se reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la CIJ. Así pues, el país que no quiera cumplir con aquéllas se expondrá a sufrir las sanciones que para el caso disponga el CSNU. Tal y como explicamos más arriba, la no ejecución de un acuerdo por razones diferentes a la vulneración del *ius cogens superveniens* no genera a una obligación internacional en la medida en que ello no puede considerarse un hecho ilícito. No obstante, en caso de que tal circunstancia concurra, será posible exigir la ejecución de la sentencia de terminación conforme al artículo 94 de la Carta de la ONU. En efecto, la referida disposición legal otorga potestad al CSNU para hacer cumplir, de manera coercitiva, las decisiones dictadas por el CIJ. De todos modos, como ya se anticipó al comienzo de este párrafo, no existe un órgano encargado de hacer ejecutar la misma.

Como ya se sabe, el CSNU posee la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacional. Ello puede entroncarse con la relevancia de las normas de *ius cogens*, puesto que quizá sea posible considerar que la violación de la mencionada regulación constituye una “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión.” La propia AGNU, en su Resolución número 2840 (1971), indicó que “(...) la negativa de un Estado en cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos

---

<sup>677</sup> *Ibidem*

<sup>678</sup> El artículo 94 de la Carta ONU indica lo siguiente: “Art. 94.- 1. Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte; 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.”

y principios de la Carta ONU de las Naciones Unidas, así como a las normas del derecho internacionalmente reconocidas.”<sup>679</sup>

No cumplir, pues, con las correspondientes obligaciones de hacer y no hacer -en el momento en el que se vulneran normas imperativas- permitiría al CSNU a tomar las medidas necesarias en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU. De todas maneras, este órgano actúa a instancia de la parte perjudicada por la decisión de terminación de un Tratado contrario a normas de *ius cogens*. No obstante, también puede intervenir como órgano político o, simplemente, decidir no actuar como sucedió en el referido asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (1986) en virtud del cual la CIJ ordenó cumplir a EEUU con las obligaciones de “hacer cesar” y “abstenerse” en torno al uso ilegal de la fuerza contra Nicaragua pero esto nunca fue cumplido, lo que no generó mayores inconvenientes en la medida en que, como ya explicamos, el CSNU no tiene obligación de actuar.

En cualquier caso, debemos puntualizar una vez más que el CSNU tiene la capacidad para determinar que una situación constituye una “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” y, como consecuencia de ello, recomendar o decidir implementar las medidas pertinentes. Así pues, dicho órgano podrá formular las recomendaciones oportunas<sup>680</sup> o decidir adoptar las apropiadas medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza armada (artículo 41 de la Carta ONU) o, por el contrario, medidas que sí conlleven su utilización en ciertos casos (artículo 42 de la Carta ONU)<sup>681</sup>.

Consecuentemente, aunque el *ius cogens* controla las actuaciones del CSNU, el mencionado organismo puede -en caso extremo- actuar en virtud del artículo 103 de la Carta de la ONU o, incluso, actuar frente a dicho instrumento. Asimismo, debemos destacar que si bien el CSNU no legisla o juzga en el sentido formal de las palabras, los mandatos o prohibiciones que realiza -conforme al artículo 39 de la

<sup>679</sup> Cfr. AGNU, Resolución Núm. 2840 (XXVI) Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, 2025ª. Sesión Plenaria, 18 de diciembre de 1971, § 5.

<sup>680</sup> Estas recomendaciones son las que considere oportunas para facilitar el procedimiento de solución del conflicto (art. 36.1) o aquellas que permitan solucionar la situación (arts. 37.2 y 38, Carta). Aunque estos artículos se encuentran dentro del Cap. VI, son esos objetivos los que justifican su aplicación en el Cap. VII.

<sup>681</sup> Vid. SCHEIGMAN, D. (2001): *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter. Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, Netherland pp. 184-192; Vid. ACOSTA ESTEVEZ, J. B: “El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el Ejercicio del Uso de la Fuerza Armada contra Iraq: ¿La ONU como Instancia Legitimadora del Uso de la Fuerza?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, p. 24.

Carta de la ONU- poseen carácter vinculante. Así, la sola calificación por parte del CSNU de una situación como “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, implica un pronunciamiento con efectos jurídicos (de alcance general y particular).<sup>682</sup>

Como vemos, todo parece indicar pues, que el papel del CSNU en este ámbito resulta irrelevante desde dos aspectos: a) El CSNU nunca jugará un rol objetivo y constante en el tiempo al momento de que se vea involucrada una norma imperativa. Así las cosas, si bien existen ejemplos históricos del papel desempeñado por dicho órgano de la ONU en el respeto de normas de *ius cogens* -v.g. la creación de los tribunales ad hoc de TPIY y TPR-, esto son dos casos excepcionales. Tampoco existen casos que puedan mencionarse donde, el CSNU se involucró en la ejecución de alguna sentencia internacional, menos que dichos pronunciamientos sean relativos a terminación de Tratados en virtud del artículo 64 de la CVDT; y, b) El CSNU, al ser considerado un órgano político y no sujeto al control estricto del Derecho, no tiene obligación formal reconocida de dar cumplimiento irrestricto a las obligaciones que puedan emanar de una norma imperativa. En consecuencia, en el Derecho Internacional prima un criterio voluntarioso -y en muchos casos irresponsable- de uno o varios Estados que conforman el Consejo Permanente del CSNU.

A raíz de lo anterior, llegamos a importantes conclusiones: la ejecución de una sentencia que ordene la terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT, a falta del CSNU y de algún otro órgano que funja como ejecutor de las sentencias dictadas al efecto, se realizará generalmente a través del Congreso o Parlamento del Estado en cuestión. Sea cual sea el procedimiento y la instancia correspondiente, la ejecutoriedad de cualquier sentencia internacional, incluyendo las relativas a Tratados contrarios a normas imperativas depende -muy lamentablemente- de la soberanía estatal.

Como ya hemos indicado previamente, es correcto afirmar que las sentencias relativas a Tratados que colisionan con el artículo 64 de la CVDT son obligatorias debido a la naturaleza de las normas que protegen pero, además, tendrán un carácter esencialmente exigible, más no justiciable, puesto que el Tribunal tan sólo dispone de competencia para declarar si ha habido o no violación del referido artículo, y si procede o no la terminación de los mismos. La falta de un poder discrecional organizado que garantice

---

<sup>682</sup> Sus disposiciones acarrea sanción con posibilidades de conllevar coacción, e incluso, ejecución forzosa *Vid.* Arts. 39, 41 y 42 de la Carta.

la efectiva justiciabilidad de las normas de *ius cogens* a través del cumplimiento de las sentencias, como una obligación inseparable de las normas imperativas, es una grave situación que ha sido arrastrada durante años, pese a que ha intentado ser corregido por medio del Estatuto de Roma.

## 2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL GENERADA POR EL INCUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE TERMINACIÓN

Como hemos explicado, cuando un Estado infringe una norma de carácter internacional, nace una relación jurídica nueva que desemboca en responsabilidad internacional “(...) independiente de la naturaleza de la obligación que ha dejado de respetar.”<sup>683</sup> En efecto, la violación de una o varias obligaciones internacionales, ya sea por acción u omisión, hace automáticamente surgir una relación jurídica nueva,<sup>684</sup> pudiendo ser de carácter lineal o imperfecta en caso de no llegar ésta al tercer pilar de la responsabilidad - la reposición o reparación del derecho conculcado. En suma, la responsabilidad internacional está fundada en tres pilares que podemos visualizar de la manera siguiente: el primer pilar es la violación a un derecho u obligación internacional o la tentativa de ello, a partir del cual nace un derecho a reclamar su restitución -sea en naturaleza o en equivalencia-. A causa de esto, se erige el segundo pilar como el método que hará posible hacer valer los derechos conculcados: la controversia o reclamación. En este pilar, la parte afectada decide acudir a algún tribunal en procura de la restitución del derecho u obligación conculcada. Por último, dicha relación concluye en el tercer pilar, no es otro que la posible restitución o reposición del derecho u obligación infringida o, en su defecto, la reparación o indemnización de estos.

De esto resulta que, cuando la norma y la correcta interpretación del tribunal evaluador lo permiten, es posible que la relación inicialmente lineal se cierre y se convierta en una pirámide, donde la reparación tiene como fin devolverle al afectado a la situación en la que se encontraba en el momento de la violación de violación<sup>685</sup> -restauración o reparación en naturaleza- o, en el caso de que ello no sea

---

<sup>683</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “47. (...) It is moreover well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect (...)”[Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7, p. 38, § 47.

<sup>684</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho internacional Contemporáneo*, op. cit., p. 317.

<sup>685</sup> Sin perjuicio de lo que explicaremos sobre la ilegalidad o responsabilidad objetiva, conforme con el Estatuto de Roma, la tentativa implica la intención por parte del acusado de cometer el crimen, mediante actos que supongan un paso importante en

posible, se le indemnice tomando en cuenta el lucro cesante, así como el daño emergente. Es más, a través de una interpretación de mayor alcance, es posible que se tome en consideración el denominado “proyecto de vida”<sup>686</sup> -indemnización o reparación en equivalencia-, lo que en principio permite concluir la controversia con la garantía de que tal situación no ocurrirá nuevamente -garantía de no repetición-.

Si nos centramos en la violación de la regulación imperativa, advertimos que emana de aquélla una ilegalidad objetiva<sup>687</sup> de carácter *erga omnes*<sup>688</sup>, no sujeta a valorar la conducta del sujeto, su culpabilidad o intencionalidad o incluso el daño causado, sino única y simplemente el incumplimiento cometido.<sup>689</sup> Conforme indica la doctrina, parece que de la violación de una norma de *ius cogens* y de la ilegalidad objetiva que ello representa, se derivan dos elementos principales, a saber: a) que es “objetivamente ilegal, independientemente de la actitud de los Estados”; y b) que la “ilegalidad debe ser objetivamente eliminada y puede no ser remediada con el solo cambio de actitud del Estado.”<sup>690</sup> En efecto, el “negarse a cumplir una

---

la comisión del crimen, y no consumarlo por una causa ajena a su voluntad. De ahí que si el acusado desiste voluntariamente de cometer el crimen, podría contribuir a liberarlo de responsabilidad. *Vid.* Estatuto de Roma de la CPI, Artículo 25.3.c) y f); *Vid.* Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, Artículo 3. Esta forma de participación ha sido retomada en el Estatuto de Roma, después de su omisión en los Estatutos de los TPIY y de TPIR, aunque este último la estableció jurisprudencialmente para el caso del genocidio. *Vid.* TPIR, *Prosecutor vs. Akayesu*, Sala de Juicio, 1998, § 473; *Vid.* TPIR, *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, Sala de Juicio, 1999, § 80; *Cfr.* TPIR, *Prosecutor vs. Rutaganda*, Sala de Juicio, 1999, § 34; *Vid.* TPIR, *Prosecutor vs. Musema*, Sala de Juicio, 2000, § 115; *Vid.* TPIR, *Prosecutor vs. Semanza*, Sala de Juicio, 2003, § 378.

<sup>686</sup> Como ha afirmado la CIDH, el Estado, en las veces de garante, debe crear las oportunidades para que el individuo, durante su vida, pueda adquirir un mejor nivel de vida. *Vid.* Corte IDH, *Loayza Tamayo*, Reparaciones, 27 de septiembre de 1998, §§ 144-153.

<sup>687</sup> *Vid.* ROZAKIS, C. (1976): *The concept of jus cogens in the law of treaties*, North-Holland Pub., New York, p. 276; *Vid.* ORAKHELASHVILI, A.: “Peremptory Norms of International Law and Reparation for Internationally Wrongful Acts” en *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 3, 2003, p. 26; *Vid.* CANÇADO TRINDADE, A. A.: “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium”, *op.cit.*, p. 343; *Vid.* Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 154, 26 de septiembre de 2006, Voto razonado del Juez Cançado Trindade, § 19.

<sup>688</sup> *Vid.* CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 16, p. 56, § 126.

<sup>689</sup> *Vid.* CDI, Proyecto CDI Estados (2001), Comentario al art. 2, §§ 9-10.

<sup>690</sup> La traducción es nuestra. *Cfr.* ORAKHELASHVILI, A.: “Peremptory Norms of International Law and Reparation for Internationally Wrongful Acts”, *op. cit.*, p. 26.

obligación de un tratado supone responsabilidad internacional”<sup>691</sup>; *a fortiori*, “toda violación, por un Estado, de cualquier obligación, sea cual fuere su origen, da lugar a la responsabilidad del Estado.”<sup>692</sup>

Asimismo, conviene indicar que no se puede ser responsable de manera directa y automática por un incumplimiento del *ius cogens superveniens*. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho que sus nacionales cometan. De hecho, la adopción de medidas de prevención y protección con respecto a particulares y sus relaciones entre sí queda condicionado por lo siguiente: el Estado debe tener conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato en la que se encuentra un individuo o un grupo de individuos determinado y las posibilidades razonables de prevenir o evitar el mismo. Sería, pues, un completo contrasentido que el Estado tuviera la facultad de decidir “no cooperar” en la detención de una violación o impedir que ésta continúe para, posteriormente, sancionar a aquellos que decidieron no poner fin al ilícito en cuestión.

A este respecto, debemos subrayar que la CDI no hace grandes aportaciones cuando afirma que “[d]ada la diversidad de circunstancias que cabe imaginar, la disposición no prescribe de manera detallada qué forma deberá adoptar esa cooperación”<sup>693</sup> ni “qué medidas deben adoptar los Estados para poner fin a las violaciones graves.”<sup>694</sup> Pero, como ya hemos afirmado, existe una prohibición absoluta de violar normas de *ius cogens* y, por lo tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes este tipo de actuaciones o, de cooperar para cumplir con tal tarea. Para ello, utilizará los medios, instrumentos y mecanismos

---

<sup>691</sup> La traducción es nuestra. De manera textual, la CIJ indicó lo siguiente: “As the Court has declared in its Opinion of March 30th, 1950, the Governments of Bulgaria, Hungary and Romania are under an obligation to appoint their representatives to the Treaty Commissions, and it is clear that refusal to fulfil a treaty obligation involves international responsibility.” [Subrayado nuestro] Cfr. CIJ, *Interpretation of Peace Treaties [with Bulgaria, Hungary and Romania], Second Phase*, 1950, p. 221, p. 228; Cfr. Comentario al art. 1 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, § 3.

<sup>692</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “The reason is that the general principles of International Law concerning State responsibility are equally applicable in the case of breach of treaty obligation, since in the international law field there is no distinction between contractual and tortious responsibility, so that any violation by a State of any obligation, of whatever origin, gives rise to State responsibility and consequently, to the duty of reparation.” Cfr. UNRIAA, *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand vs. France)*, Vol. 20, 1990, p. 215, p. 251, § 75.

<sup>693</sup> Cfr. Proyecto CDI-Estado (2001), *op. cit.*, pp. 310-311 (§§ 2 y 3 sobre el art. 41).

<sup>694</sup> *Ibidem*

nacionales e internacionales pertinentes.<sup>695</sup> Vale aclarar, sin embargo, que aunque una norma de *ius cogens* genere una obligación de reponer o resarcir, esto último no constituye una disposición imperativa en sí misma.<sup>696</sup> La violación de este tipo de regulación genera una obligación de reparar para el Estado culpable y una obligación para todos los demás Estados de actuar conforme a cierta idea de solidaridad.

A raíz del asunto *Barcelona Traction* (1970), la CDI dedujo -y así lo recogió en el artículo 48 del Proyecto de Artículos de la CDI (2001)- que el Estado que infringe normas imperativas compromete su responsabilidad internacional, no sólo frente al Estado que sufre directamente con dicha situación, sino también frente a los otros miembros de la comunidad internacional, lo que les legitima a todos ellos a exigir un debido cumplimiento de las mismas.

### 3. LOS CONDICIONAMIENTOS OPERANTES DEL ARTÍCULO 64 DE LA CVDT

Realizado el estudio e investigación que nos ocupa, hemos concluido que existen causas suficientes para determinar que la operatividad del artículo 64 de la CVDT es pragmáticamente imposible de ejecturar en el sistema jurídico actual. Esta afirmación se justifica por tres motivos principales, a saber:

#### *a) Existe un condicionamiento operativo impuesto por los sujetos involucrados*

Sin duda, la sola existencia de una norma de *ius cogens* pone al sujeto en cuestión en una situación que, en un momento dado, podrá provocar la modificación de su conducta, ya sea de manera automática y forzada (artículo 53 CVDT) u opcional y voluntaria (artículo 64 CVDT). Esta “adecuación” permitida por el artículo 64 de la CVDT representa un estímulo favorable -algo, por cierto, de lo que carece el artículo

---

<sup>695</sup> Vid. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C Núm. 160, 25 de noviembre de 2006, § 404; Vid. Corte IDH, *Goiburú y otros*, Serie C Núm. 153, 22 de septiembre de 2006, § 128.

<sup>696</sup> A este respecto, véase la opinión disidente del juez Tanaka en el *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)* de la CIJ, donde afirma lo siguiente: “What is in fact in question is not the exercise of jurisdiction for preventing the breach of an obligation under a peremptory norm or for obtaining the cessation of the breach, but a judicial remedy for the reparation of the injury caused by the alleged breach. It would be difficult to maintain that the obligation to provide reparation of a breach of an obligation under *jus cogens* is also set forth by a peremptory norm. (...) While the obligation of reparation can hardly be viewed as an obligation under a peremptory norm, the fact that the alleged breach concerns an obligation of *jus cogens* may have some relevant consequences. (...)” Cfr. CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Tanaka, p. 8.

53 de la CVDT-, puesto que se recompensa la buena fe originaria de las partes con la posibilidad de mantener vivo el Tratado.

Sin embargo, vemos que la implementación del artículo 64 de la CVDT se encuentra condicionada por varias razones, ya que es posible que los sujetos afectados o terceros beneficiados decidan no ejecutar la decisión de terminación de un Tratado de acuerdo con sus procedimientos legales internos o por simple falta de interés, sin que de forma coactiva se pueda hacer operativa dicha decisión de terminación.

*b) Existe un condicionamiento operativo impuesto por el Derecho Internacional y el Derecho interno*

Pese a la redacción del artículo 64 de la CVDT, vemos que el Derecho Internacional tiene infinidad de principios y reglas que, sin la voluntad de las partes, hacen imposible la operatividad de la referida figura. En este orden de ideas, podemos mencionar -a modo de ejemplo- la falta de un órgano decisor único, la ausencia de un órgano ejecutor de la decisión de turno, la inexistencia de procedimientos claros que determinen la imperatividad de una norma y que den por terminado un Tratado, así como el vacío existente en torno a criterios inequívocos que podrían aplicarse durante el proceso relativo al “test de valoración” y al de la declaratoria de terminación. Todo ello se traduce, obviamente, en una gran dificultad a la hora de aplicar correcta y debidamente la citada disposición legal.

Además de lo anterior, el Derecho Internacional no tiene la facultad de enmendar o rectificar un Tratado en la medida en que no dispone de la competencia apropiada para interpretar el interés de las partes. No obstante, si se asumiese que un tribunal tiene la facultad de interpretar el mismo y, en consecuencia, imponer la adecuación de un Tratado a la nueva norma, las partes podrían decidir no ejecutar la decisión al entender que la disposición ha sido desnaturalizada y se desvía de su voluntad o del objeto y fin de aquél.

Por último, los límites que impone el Derecho interno para la ejecución de una decisión de terminación de un Tratado por contrariar una norma de *ius cogens superveniens* son incuestionables. La alegación tanto del orden público interno, como de la necesidad de seguir los procedimientos internos



pertinentes para hacer operativa una sentencia que proviene de un Estado extranjero o de un tribunal internacional, es algo frecuente a día de hoy. Sin duda, ello condiciona, en la práctica y de gran manera, la operatividad del artículo 64 de la CVDT.

*c) Existe un condicionamiento operativo impuesto por las propias disposiciones del artículo 64 de la CVDT*

Es evidente que una norma de *ius cogens superveniens* condiciona la existencia de un Tratado. Sin embargo, debido a la propia naturaleza de las normas imperativas, a la “delicadeza” de las obligaciones *erga omnes* involucradas, así como a la complejidad de los procedimientos existentes, podemos determinar que los sujetos involucrados deciden generalmente no acudir a la figura del *ius cogens* como causa de terminación de Tratados. Claramente, las dificultades que antes o después acaban surgiendo son todo menos un acicate que motive, por ejemplo, a un Estado a decantarse por la aplicación de la citada figura.

Todas estas limitaciones a la hora de hacer operativo el artículo 64 de la CVDT nos lleva a creer que, pese a las profundas convicciones de los redactores de la CVDT, el *ius cogens superveniens* y el artículo 64 de la CVDT se encuentran ligados, de una forma u otra, a los intereses de los particulares y al propio Derecho interno. Todo ello resulta un tanto contradictorio, puesto que las normas imperativas son de obligado cumplimiento. No hay duda de que no deberían existir obstáculos o impedimentos de índole alguna que desnaturalicen la esencia de aquéllas pero, al existirlos, los mismos producen condicionantes tales que hacen de imposible cumplimiento el artículo 64 de la CVDT.

## **CONCLUSIONES**

“Es tiempo de dar al *ius cogens* toda la atención que requiere y que merece. Su deconstrucción (...) opera en detrimento no solo de las víctimas de violaciones graves de los derechos del hombre y del Derecho Internacional humanitario, sino igualmente del Derecho Internacional contemporáneo en sí mismo.”<sup>697</sup>

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto

---

<sup>697</sup> La traducción es nuestra. El texto original estipula lo siguiente: “(...) It is high time to give jus cogens the attention it requires and deserves. Its deconstruction, as in the present case, is to the detriment not only of the individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, but also of contemporary international law itself.” *Cfr.* CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 285, §297.

## CONCLUSIONES

Las normas de *ius cogens* han logrado confluir y organizarse definitivamente en los artículos 53 y 64 de la CVDT (1969) y CVDT (1986). No obstante, pese a su expreso reconocimiento en dichos instrumentos jurídicos, durante las décadas de vigencia de la CVDT (1969), violaciones al *ius cogens superveniens* y, específicamente a su artículo 64, raras veces han sido alegadas. Es más, la referida disposición legal nunca ha sido implementada. Siendo así las cosas, hemos podido comprobar a través del presente trabajo de investigación que ello se debe fundamentalmente a una amalgama de deficiencias legales y distorsiones que han partido de la propia concepción que se tiene del *ius cogens*, así como a una falta de comprensión por parte de aquellos sujetos encargados de aplicar dicha normativa imperativa. Teniendo en cuenta la magnitud de la afirmación anterior, debemos poner de relieve lo siguiente:

1. Las normas de *ius cogens* son reglas *generales* de comportamiento que limitan la autonomía de los sujetos que participan en la elaboración de los Tratados o en cualquier acto o hecho jurídico. Sin duda, las normas de *ius cogens* se constituyen en las premisas básicas de legitimidad ante voluntades legalmente plasmadas.

2. Debido a la naturaleza tridimensional del *ius cogens*, no debería ser posible establecer, al menos teóricamente, condicionamientos operativos en lo que se refiere a su ámbito espacial; ni introducir limitaciones con respecto a los sujetos que quedan obligados por dicha normativa; ni tampoco sostener un carácter temporal de aquélla. Consecuentemente, puede decirse que la citada regulación imperativa vincula a todos los miembros de la comunidad internacional, supervisando todo acto o hecho que no se ajuste a los términos previstos por la CVDT. En este sentido y a luz del referido texto legal, cabe mencionar que, por ejemplo, un Tratado podrá ser objeto de terminación o nulidad cuando se oponga a una norma de *ius cogens*.

3. El *ius cogens* y la *terminación* de Tratados son instituciones independientes y autónomas entre sí. Sin embargo, al referirnos al artículo 64 de la CVDT se crea una simbiosis que provoca que una norma imperativa que ha emergido con posterioridad a la suscripción de un Tratado legalmente válido y que sea contrario a el, termine. Aquí, la terminación de Tratados como consecuencia de la existencia de una norma

imperativa sobrevenida otorga al *ius cogens superveniens* una personalidad propia no aplicable a las demás causas de terminación de los mismos. Así pues, en dichas circunstancias, la terminación de los referidos instrumentos se convierte en una forzosa consecuencia cuando los Estados parte no modifican las disposiciones específicas que contradicen la nueva norma imperativa.

4. ¿Son los Tratados, sin embargo, los únicos instrumentos jurídicos que pueden ser controlados por el *ius cogens* y los artículos 53 y 64 de la CVDT? Si bien la jurisprudencia ha sido poco coherente en cuanto a la posibilidad de otorgar un carácter vinculante a los actos jurídicos unilaterales, sin duda, un Estado puede ser responsable internacionalmente por la violación de un acto unilateral que le sea imputable y que ha sido formulado conforme a las exigencias de validez establecidas. Pero más importante aún y si esto fuese un tema a cuestionarse, se debe recordar que en la medida en que contravenga las disposiciones de una norma imperativa quedará controlado por el Derecho Internacional. Ello implica que en los supuestos de actos y hechos jurídicos podrá sancionarse con la nulidad o terminación cualquier acto, incluso el que presente un carácter preparatorio, que contemple su ejecución infringiendo el *ius cogens*. Por esto, cuando los artículos 53 y 64 de la CVDT se refiere a “Tratados”, deberá entenderse de la manera más amplia y no limitarse a la tradicional definición de “Tratado” dada en la la CVDT.

5. Vale aclarar aquí que parece difícil que en el supuesto de hechos jurídicos, el artículo 53 de la CVDT aplique con el fin de anular de forma retroactiva lo acontecido, puesto que es imposible hacer desaparecer hechos del pasado. Por ello, al hablar de hechos jurídicos parecería necesario referirnos solamente al artículo 64 de la CVDT. Sí reconocemos, por el contrario, que los efectos contrarios a la norma imperativa, específicamente los derechos nacidos y las obligaciones contraídas, podrían desaparecer de forma retroactiva. Por último, en el supuesto de hechos jurídicos, no será necesario que sea emitida una decisión para que la conducta infractora de la norma imperativa termine, sino que solo se requerirá que cese el hecho.

6. El Derecho Internacional da a las partes -como *prima ratio*- la oportunidad de adecuar el Tratado a la nueva norma de *ius cogens* conforme al procedimiento que así decidan; y, únicamente en el caso de que no aprovechen esta posibilidad, se procederá a la aplicación del artículo 64 de la CVDT, lo que conllevará -como *ultima ratio*- la terminación de la disposición que violenta la norma sobrevenida a

partir de la implementación del correspondiente *control de imperatividad*. Sólo en los casos donde la disposición que violenta la norma de *ius cogens* sea el objeto y fin del Tratado, la nulidad *ex nunc* (terminación) aplicará a todo el instrumento.

7. El denominado *control de imperatividad* es la fase procesal en la que todo tribunal que conozca de una determinada controversia en la cual se alegue la terminación de un acuerdo por violentar una norma imperativa sobrevenida deberá, previo a cualquier otro examen, valorar si aquélla es verdaderamente una norma o no de *ius cogens*.

8. Contrario a la teórica posibilidad de que el *ius cogens* no tuviera condicionamientos para su operatividad, la realidad es otra. En vista de que la terminación de un Tratado y su efectiva operatividad debe ser ordenada y efectivamente implementada por órganos judiciales, advertimos que no es posible aplicar de forma automática el artículo 64 de la CVDT. Siendo así las cosas y analizando las diferentes reacciones de los tribunales frente a Tratados que han vulnerado el *ius cogens ex ante* y *ex post*, hemos esbozado una teoría denominada *la tríada cognitiva del ius cogens*, la cual demuestra el condicionamiento operativo al que se encuentra sujeto la citada disposición legal.

9. En una buena parte de la jurisprudencia analizada, vemos que los tribunales apoderados de una controversia o uno de sus jueces mediante voto separado, a pesar de reconocer la existencia de normas con carácter fundamental, imperativas o *erga omnes*, no admiten que éstas generen obligaciones o derechos específicos. En otros asuntos, hemos podido comprobar que la operatividad de las normas imperativas se ha visto condicionada por criterios puramente procedimentales. Asimismo, hemos identificado un último grupo de casos en los que si bien los órganos judiciales de turno reconocen la existencia de Tratados que se encuentran en clara contradicción con normas de *ius cogens*, ponen de relieve que no poseen una competencia contenciosa apropiada para decidir sobre este aspecto, impidiendo con ello la operatividad de aquéllas.

10. Resulta conveniente resaltar que la decisión de terminar un Tratado no se pone a cargo de uno o varios órganos judiciales específicos. Sería de hecho un contrasentido limitarlo a alguno de ellos, considerando el incipiente desarrollo del Derecho Internacional. Sin embargo, esta apertura que da la CVDT crea la imposibilidad de determinar la existencia de un órgano ejecutor concreto encargado de

desarrollar dicha función. Además, tampoco permite articular un criterio formado y sólido sobre las medidas que pueden ser tomadas por los diversos actores para conminar al infractor al cumplimiento de una norma de *ius cogens*. Junto a lo anterior, debemos añadir la inacción del CSNU para hacer ejecutar decisiones, así como la falta de automaticidad práctica y real del artículo 64 de la CVDT. No obstante, debemos subrayar que en el caso de que un Estado se niegue a cumplir con la decisión de terminar un Tratado contrario al *ius cogens*, los actores de la comunidad internacional podrían, en virtud del principio de responsabilidad de protección, adoptar las contramedidas oportunas para conminar al cumplimiento.

**11.** Como ya se ha dicho, el procedimiento de terminación de un Tratado ante la existencia de una nueva norma imperativa no opera de forma automática, sino que debe ser formalmente ordenada. Partiendo de esto, ¿qué sucedería entonces hasta tanto las partes acuerden los términos que regirán las nuevas disposiciones del Tratado o hasta tanto un tribunal ordene la terminación parcial o total del mismo? ¿La ejecución del Tratado se debe mantener? Asumir esto sería atentar contra la propia naturaleza imperativa de la norma sobrevenida, puesto que se le estaría dando prevalencia al Tratado y a la voluntad de las partes por encima del propio *ius cogens*. Como explicamos a lo largo del presente trabajo de investigación, lo que procede es que hasta que no se tome una decisión sobre la terminación de un Tratado que vulnera normas imperativas, el mismo deberá ser considerado automáticamente inejecutable.

**12.** Considerando que infringir una obligación internacional conlleva una violación *objetiva* que genera, a su vez, una responsabilidad *objetiva* sin que sea necesario ponderar la intención o daño causado, el Estado que realice el *control de imperatividad* citado y considere que debe dar por terminado un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT, deberá solicitar a la autoridad competente instrucciones precisas sobre cómo proceder a raíz de que, el Estado ya había contraído obligaciones claras y precisas a través del Tratado y existe ahora un impedimento -la nueva norma imperativa- para cumplir con estas obligaciones convencionales. Tales instrucciones resultarán, pues, en una autorización expresa en cumplir con las obligaciones emanadas de la nueva norma imperativa o en la autorización de cumplir con las obligaciones convencionales por encima del *ius cogens superveniens* y, en cualquiera de estos escenarios. Sea como fuere, antes de dar dicha orden, la autoridad competente deberá hacer el correspondiente *control de convencionalidad* conforme al cual deberá analizar con detalle y exhaustividad la disposición que vulnera la norma de *ius cogens superveniens*. Vale resaltar aquí que, por deseable que sea, no es posible

eliminar los elementos de subjetividad en la interpretación que pueda dar un tribunal sobre una norma al aplicar el *control de imperatividad* ni durante el *control de convencionalidad*, puesto que la decisión judicial es esencialmente un ejercicio de elección.

**13.** Una vez confirmada la existencia de una norma de *ius cogens*, el juzgador deberá considerar ahora si existe alguna disposición del Tratado que la contravenga. Realizado esto, deberá confirmar si la norma imperativa en cuestión surgió antes o después de la suscripción del citado acuerdo, con lo cual podrá definir si aplicará el artículo 53 o, por el contrario, el artículo 64 de la CVDT. En definitiva, en esta segunda fase del proceso, que hemos denominado *control de convencionalidad*, el juzgador tendrá la ardua tarea de precisar con claridad cuál es la disposición que se enfrenta a la regulación imperativa y procurar que los efectos de tal choque se sancionen conforme a las disposiciones de la CVDT.

**14.** El Derecho Internacional no define con claridad quienes tienen legitimidad procesal activa y pasiva para articular la terminación de un Tratado contrario al *ius cogens*. El Proyecto de la CDI (2001) se ha decantado por excluir la participación de terceros ajenos a un Tratado -aunque paradójicamente el *ius cogens* interesa a todos-, legitimando únicamente al Estado lesionado a requerir dicha terminación. Sin embargo, otra cuestión distinta es la que se refiere a la ejecución de la decisión de terminación en la medida en que terceros podrán actuar con el firme propósito de proteger aspectos esenciales del Derecho Internacional.

**15.** Existe un condicionamiento operativo que recae sobre el artículo 64 de la CVDT, el cual es impuesto por los sujetos involucrados de varias maneras. Por un lado, es posible que los sujetos afectados o terceros beneficiados decidan no hacer los esfuerzos oportunos para hacer ejecutar la decisión ante una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento; y, por otro lado, cabe que los sujetos condenados o terceros involucrados decidan no acatar la decisión como consecuencia de las carencias existentes en sus respectivos procedimientos legales internos o por simple falta de interés, sin que exista forma clara y efectiva de hacer operativa la decisión de terminación.

**16.** Existen una serie de factores originados por el propio Derecho Internacional general y el Derecho de los Tratados que impiden la aplicación del artículo 64 de la CVDT, los cuales quedan

detallados a continuación: no hay un órgano decisor único encargado de aplicar el *control de imperatividad* y el *control de convencionalidad*, así como tampoco un órgano ejecutor de la decisión de terminación de un Tratado. Además, no existen procedimientos claros que declaren el carácter imperativo de una norma, así como criterios uniformes que determinen el modo en el que se debe proceder a la terminación de un Tratado.

**17.** Sumado a todo lo anterior, debemos subrayar que la normativa internacional no tiene la facultad de adecuar un Tratado en la medida en que no tiene la competencia de *interpretar* el interés de las partes. En cualquier caso, si se asumiese que un tribunal tuviese dicha facultad y, en consecuencia, pudiera imponer la adecuación de un Tratado a la nueva norma de *ius cogens*, las partes podrían decidir no ejecutar la decisión al entender que la disposición ha sido desnaturalizada y se desvía, por tanto, de la voluntad de las partes, así como del objeto y fin de aquél.

**18.** Los límites que impone el Derecho interno para la ejecución de una decisión de terminación de un Tratado por contrariar una norma *ius cogens superveniens* son indudables. En este sentido, las alegaciones relativas al orden público interno, así como al cumplimiento de los requisitos domésticos oportunos se erigen como las principales causas que condicionan la operatividad del artículo 64 de la CVDT.

Otro condicionamiento operativo que pesa sobre el artículo 64 de la CVDT es el que impone la citada disposición legal, ya que ante la complejidad de la norma en sí misma y ante la vaguedad y falta de contundencia de los procedimientos que deben seguirse para procurar su operatividad, la parte afectada puede decidir no acudir a la figura del *ius cogens* como causa de terminación de un determinado Tratado. En cualquier caso, la práctica ha demostrado que aunque las partes se decanten por la referida terminación, los tribunales, generalmente y de forma intencionada, omiten referirse a ello. Como vemos, pese a existir una teórica superioridad normativa del *ius cogens*, las normas imperativas *dependen funcionalmente* de otros instrumentos jurídicos u ordenamientos para que puedan ser operativas. De allí que, vemos en el *ius cogens* una norma fuertemente condicionada al reconocimiento del Derecho Internacional para su implementación y, a su vez, este Derecho Internacional se ve forzado a



complementarse o auxiliarse del Derecho interno de cada Estado -por demás, soberano y voluntarioso- para lograr los efectos prácticos esperados.

**19.** Nos vemos forzados a concluir que la operatividad del artículo 64 de la CVDT está condicionada y así continuará hasta que se realice una modificación de dicho instrumento legal o se cree un Tratado especializado que se encargue de complementarlo. En cualquier caso, a día de hoy, debemos apreciar la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la referida disposición legal.

**20.** Claramente, la operatividad del artículo 64 de la CVDT se encuentra fuertemente condicionada y ello causa un efecto de exoneración en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* nacidas del *ius cogens* por parte de los Estados. Así pues, debe reconocerse que toda la materia contenida en la CVDT sobre el *ius cogens superveniens* genera cierto pesimismo en torno a su operatividad y efectividad. Todo ello reviste una gran importancia y así se pone de relieve por la propia CDI en su Reporte de finales de 2014 cuando subraya la necesidad de elaborar disposiciones detalladas sobre el *ius cogens* que, de algún modo, reviertan tal situación.

**21.** De nuestro estudio podemos concluir que, pese a las profundas convicciones de los redactores de la CVDT, el *ius cogens superveniens* y el artículo 64 de la CVDT se encuentran ligados, de una forma u otra, a los intereses de los particulares y al propio Derecho interno, lo que conlleva la dificultad o el impedimento de aplicar debidamente las normas imperativas, las cuales se caracterizan por -ser paradójicamente- vinculantes para el conjunto de la comunidad internacional.

**22.** Pese al escepticismo que puede provocar alguno de los citados condicionamientos operantes del *ius cogens superveniens* como causa de terminación de un determinado Tratado, esta tesis trata de enmarcarse dentro de una *Revolución post cognitiva* en la medida en que hemos procurado la operatividad no solo del artículo 64 de la CVDT, sino también del 53 de la CVDT (*ius cogens* pre-existente) al (i) incorporar elementos que apunten a reducir las conductas voluntariosas y unilaterales de los Estados; y al (ii) aportar criterios que de algún modo minimicen las percepciones y patrones de pensamiento subjetivo que tanto distorsionan y perjudican a las referidas disposiciones legales.

**23.** Albergamos la esperanza de que futuras generaciones puedan ver aplicado el artículo 64 de la CVDT en ordenamientos jurídicos domésticos donde no existan inconvenientes en ejecutar una sentencia internacional que ordene la terminación de un Tratado en virtud del artículo 64 de la CVDT. Ello, como ya ha sido apuntado, debe acarrear previamente un cambio de paradigma conforme al cual sean superados los obstáculos y los escollos existentes en lo que se refiere a la aplicación de normas pertenecientes al orden internacional con el objetivo de abogar por su operatividad inmediata. Dicha afirmación no debe contemplarse como una situación utópica. De hecho, el interés y la controversia que este tema suscita es una prueba de los cambios que seguramente, algún día, llegarán a producirse en este ámbito.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

ABERASTURY, P. La Ejecución de Sentencias contra el Estado. En J. CASSAGNE, Tratado de Derecho Procesal Administrativo, 2004

ACOSTA ESTEVEZ, José B, “El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el Ejercicio del Uso de la Fuerza Armada contra Iraq: ¿La ONU como Instancia Legitimadora del Uso de la Fuerza?”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. IV, 2004

AKEHURST, Michael y MALANCZUK, Peter, Modern Introduction to International Law, Seventh Edition, Routledge: New York, 1997

ALCOCEBA GALLEG0, Mª Amparo, La Compatibilidad de la Integración diferenciada en la Comunidad Europea del Jus cogens Comunitario, Getafe, Madrid. Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 2001

ANZILOTTI, Dionisio, Cours de droit international, París, Sirey, 1925

ANZILOTTI, Dionisio, Il Diritto internazionale nel giudizi interni, Bolonia, 1905

ARRIOJA VIZCAÍNO, A. Derecho Fiscal, Décima Octava ed., Ed. Themis

AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento de los Estados”, International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, Pontificia Universidad Javeriana, 2005

AUST, Anthony, Modern Treaty Law and Practice, Second Edition, Cambridge University Press: Cambridge, United Kingdom, 2007

AYALA CORAO, Carlos M., Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los Tratados relativos a derechos humanos. En: Sesión de trabajo sobre la implementación de los compromisos y los estándares internacionales de los derechos humanos en el sistema interamericano, Washington, D.C., 2003

AYALA CORAO, Carlos M., Las modalidades de cumplimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos humanos y tribunales internacionales (pp. 294-342), Tomo IX, Primera Edición. México, 2008

BARBERIS, Julio, “El Concepto de Tratado Internacional”, Anuario Español de Derecho Internacional (pp. 3-28), No. 6, 1982

BARBERIS, J. : "Los actos jurídicos unilaterales como fuente de Derecho Internacional público" en Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco, Ed. Tecnos, Madrid, 1963

BECERRA RAMÍREZ, M.: La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 330, 2012

BEDERMAN, D. J., International Law Frameworks, Nueva York, Foundation Press, 2001

BENADAVA, S., Derecho internacional Público, Cuarta ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993

BISCOTTINI, G., Contributo alla Teoria degli Atti Unilaterali nel Diritto Internazionale, 1951

BASSIOUNI, M. Cherif, "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", Law and Contemporary Problems (pp. 63-74), Vol. 59, No. 4, Autumn 1996

BERNHARDT, R., "Article 59", en ZIMERMANN, A., TOMUSCHAT, C. et OELLERS-FRAHM, K. (Eds.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2006

BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, Le Droit International Codifié, Cinquième Edition, Guillaumin et Cie Editeurs: Paris, 1874

BONET PÉREZ, Jordi, Las Reservas a los Tratados Internacionales, J. M. Bosch, S.A.: Barcelona, 1996

BOTASSI, C. Ejecución de Sentencias contra el Estado en el Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (s.f.).

BREWER-CARÍAS, A.: "Los Retos de la Reforma Constitucional" en Seminario Internacional Visión y Análisis Comparativo de Reformas Constitucionales de Hispanoamérica. Santo Domingo, República Dominicana, Junio 2005

BROWN, E. F.: "In Defense of Environmental Rights in East European Constitutions" en University of Chicago Law School Roundtable, Vol. 1, 1993

BYERS, Michael, "Conceptualizing the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", Nordic Journal of International Law, Vol. 66, 1997

CAHIER: “Le comportement des États comme source de droits et d'obligations” en Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève, IUHEI, 1968

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Desarrollo de las Relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su amplia dimensión”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IDH), Vol. 15

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Hacia el Nuevo Derecho Internacional de la Persona Humana” Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, Núm. 50 (p. 44-61), jan. – jul. 2007

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium”, General Course on Public International Law - Part I, RCADI, cap. XII, 2005

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La Ampliación del Contenido Material del Ius cogens”, XXXIV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La persona humana como sujeto del Derecho Internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio, Tecnos: Madrid, 1985

CASSESE, Antonio, International Law, 2a. ed., Oxford University Press: Oxford-Nueva York, 2005

CHENG, B., General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, Cambridge, Grotius Publication, 1987

CEBADA ROMERO, Alicia, Los Conceptos De Obligación Erga Omnes, Jus cogens y Violación Grave a la luz del Nuevo Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos, REEI, Sección Ágora. (Número 4/ 2002)

CHARLESWORTH, Hilary y CHINKIN, Christine, The Gender of Jus Cogens, Human Rights Quarterly, Vol. 15, No. 1, (pp. 63-76), 1993

CHENG, Bin, “On the Nature and Sources of International Law”, International Law: Teaching And Practice, (Bin Chen Ed.), Stevens y Sons: London, 1982

CONDORELLI, L. y BOISSON DE CHAZAURNES, L., “Quelques remarques à propos de l'obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire en toutes circonstances”, *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers: The Hague, 1984

CONFORTI, Benedetto y LABELLA, Angelo, “Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts”, *EJIL* (pp. 44-66), Vol. 1, No. 1/2, 1990

CRAWFORD, James, *Creation of States in International Law*, Clarendon Press: Oxford, 1979

CREMA, Luigi, “Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)”, *EJIL* (pp. 681-700), Vol. 21, No. 3, 2010

CRIDDLE, Evan J. y FOX-DECENT, Evan, “A Fiduciary Theory of Jus Cogens”, *YJIL* (pp. 331-387), Vol. 34, 2009

DEGAN: “Acte et norme en droit international public » en *RCADI*, vol. 227, 1991-II

DEGAN: “Unilateral Acts as Source of Particular International Law” en *FYIL*, vol. 5, 1994

DANILENKO, Gennadij M., *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, 1993

DE HOOG, Andrés, *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Netherlands: Kluwer Law International, 1996

DE SENA, Pasquale y DE VITTOR, Francesca, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, *EJIL* (pp. 89-112), Vol. 16, No. 1, 2005

DE VISSCHER, Paul, *Les tendances internationales de constitutions modernes*, Tomo I, *Recueil*, 1952

DE VITORIA, Francisco, *De Potestate Civile*, 1528

DIACONU, Ion, *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (ius cogens)*, Bucarest, 1971

DÍAZ BARRADO, Castor Miguel, *El Derecho Internacional en el Tiempo Presente*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones: Madrid, 2004

DIEZ DE VELAZCO, M (1991), *Instituciones del Derecho internacional Público*, Tomo I, Novena ed., Ed. Tecnos, S.A, Madrid, p. 124.

DÖHRING, Karl, “Unlawful Resolutions of the Security Council (91109)”, *Max Plank Y.B.*, Vol. 1, 1997

DUGARD, John, "Recognition and the United Nations", Hersch Lauterpacht Memorial Lectures - III, Cambridge, Grotius Publications, 1987

DUPUY, Pierre-Marie, "Le Judge et la Règle Générale", RGDIP (pp. 569-598), Vol. 93, No. 3, 1989

DUPUY, Pierre-Marie, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", Max Planck Y.B., Vol. 1, 1997

DUPUY, René Jean, "Codification et Règlement des Différends. Les Débats de Vienne sur les Procédures de Règlement", Annuaire Français de Droit International, Vol. 15, 1969

FAUCHALD, Ole Kristian, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals. An Empirical Analysis", EJIL, Vol. 19, No. 2, 2008

FITZMAURICE: "The General Principles of International Law Considered from the Stand point of the Rule of law" en Collected Courses Academy of International Law, 1957

GUGGENHEIM: "La validité et la nullité des actes juridiques internationaux" en RCADI, vol. 74, 1949-1

FAUCHILLE, Paul, Traité de Droit International Public, Edition 8, Vol. I, 1ère partie, Rousseau et Cié: Paris, 1922

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales, Edición III, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica, 2009 (reimpresión)

GAUTIER, Philippe, Essai sur la Définition des Traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités, Établissements Émile Bruylant, S.A.: Bruxelles, 1993

GIL ROBLES, E.(1899-1902): Tratado de Derecho Político, Salamanca, tomo II

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico, Segunda Edición, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 176, 2003

GORDILLO, Agustin, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ma ed., 2009

GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, 1625.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, "Sobre las Normas Imperativas del Derecho Internacional", Obra



Homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Tomo I, Eurlex Editorial: Madrid, 2005

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, Derecho Internacional Público, Editorial Trotta: Madrid, 1995

HAIMBAUGH Jr., George D., “Jus Cogens: Root and Branch (an Inventory)”, *Touro Law Review* (pp. 203-227), Vol. 3, spring 1986-1987

HASMATH, Reza, The Utility of Regional Jus Cogens in International Law, July 1, 2004, Cambridge, Working Paper Series

HERDEGEN, Matthias, Derecho Internacional Público, (Coordinador Editorial: Raúl Márquez Romero, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005

HOSSAI, Kamrul, Legality of the Security Council Action: Does the International Court Of Justice Move to Take Up the Challenge of Judicial Review?, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 5, No: 17 (pp. 133-163), 2009

HURWITZ, Deena R., “Universal Jurisdiction and the Dilemmas of International Criminal Justice: The Sabra and Shatila Case in Belgium”, *Human Rights Advocacy Stories* (pp. 267-314), Deena Hurwitz, Margaret L. Satterthwaite, Doug Ford, eds., Foundation Press: New York, 2009

HUTCHINSON, T. El Proceso de Ejecución de Sentencias contra el Estado. *Revista de Derecho Procesal*, II, 2001

JANIS, Mark W., An Introduction to International Law, Aditya Books: India, 1989

JANKOVIĆ, Branimir M., Public International Law, Transnational Publishers, Inc.: United States of America, 1984

JENKS, C. Wilfred, The Prospects of International Adjudication, Stevens and Sons Ltd.; Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1964

JENNINGS, Robert Y., “General Course on Principles of International Law”, *RCADI* (pp. 327-600), Vol. 121, 1967

JENNINGS, R. Y.: “Treaties. Chapter 6” en *International Law: Achievements and Prospects*, Editor: BEDJAOUI, Mohammed, UNESCO, Paris: Netherlands, 1991

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, “International Law in the Past Third of a Century”, *RCADI*, Vol. 159, 1978

KATSELLI, E.: “Countermeasures by Non-Injured States in the Law on State Responsibility”, en *European Society of International Law*, 2005,

KELSEN, H.: “Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International” en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, IV, Vol. 14, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1926

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos: Madrid, 1980

JOKL, Marcelle, *De L’Interprétation des Traités Normatifs. D’Après la Doctrine et la Jurisprudence Internationales*, Editions A. Pedone: Bourdeaux, 1936

KAPPELER, Dietrich, *Les réserves dans Les Traités Internationaux*, Verlag für Recht und Gesellschaft, S.A.: Bale, 1958

KELSEN, H. *Principles of International Law*, The Law Book Exchange, Third Edition, 2003

KORNICKER UHLMANN, Eva M., “State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 11, 1998

KRSTICEVIC, Viviana. *Doctrina y Comentarios Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En: Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Folio Uno, SA. (pp. 15-113), 2007*

LA FONTAINE, *Pasicrisie Internationale*, Berne, 1902

LAUTERPACH, H. (2004): *International Law: Disputes, War and Neutrality*, Cambridge University Press, Cambridge

LEGAZ LACAMBRA, Luis, “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos, Estudios y Notas*, No. 101. Septiembre - Octubre 1958

LEVI, Werner, *Contemporary International Law. A Concise Introduction*, Second Edition. Westview Press: United States of America, 1991

LEVRAT, N., “Les conséquences de l’engagement pris par la H.P.C. de ‘faire respecter’ les conventions humanitaires”, *Implementation of International humanitarian Law*, F. Kalshoven y Y. Sandoz (reds.), Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, 1989

LINDERFALK, U.: “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?” en *EJIL*, Vol. 18, Núm. 5, 2008

LISTER, Matthew J., “The Legitimizing Role of Consent in International Law”, *Chicago Journal of International Law* Winter 2011 (pp. 663-91), Vol. 11, No. 2, Winter 2011

LÓPEZ, Javier, Las reservas a los Tratados internacionales (Un examen a la práctica española). Universidad del País Vasco, Servicio Editorial: Bilbao, 1991

MAGALLONA, Merlin. “The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention of the Law of Treaties”, Philippine Law Journal (pp. 521-542), Vol. 51, 1976

MARCEAU, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, EJIL (pp. 753-814), Vol. 13, No. 4, 2002

MARIÑO MÉNDEZ, Fernando M., Derecho Internacional Público: Parte General, Editorial Trotta: Valladolid, 1999

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “Los Límites de la Noción Formal de Orden Público Internacional”, Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo (pp. 825-833), Vol. 2, Catálogo de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005

MARTENCZUK, Bernd, “The Security Council, The International Court and Judicial Review: What Lesson form Lockerbie”, EJIL (p. 517-547), Vol. 10, No. 3, 1999

MIAJA DE LA MUELA, "Los actos unilaterales en las relaciones internacionales" en REDI, vol. 19, 1967

MASQUELIN, Jean, Le Droit des Traités dans l’Ordre Juridique et dans la Pratique Diplomatique Belges, Etablissements Emile Bruylant: Brussels, 1980

MCNAIR, Arnold, Law of Treaties, Second Edition, Clarendon Press: Oxford, 1961

MITCHELL, David S., “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of Jus Cogens: Clarifying the Doctrine”, Duke Journal of Comparative & International Law (pp. 219-257), Vol. 15, 2005

MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ-POSSÉ, Derecho Internacional Público, Tomo I, Zavalia: Argentina, 1990

MONROY CABRA, Marco, Derecho Internacional Público, Cuarta Edición, Editora Temis: Santa Fe de Bogotá, Colombia: 1997

MONROY CABRA, Marco, El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional, Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), Bogotá, Núm. 1 (107-138), 2008.

MORRISON Jr., Clovis C., “Restrictive Interpretation of Sovereignty Limiting Treaties: The Practice of the European Human Rights Convention System”, International and Comparative Law Quarterly (pp. 361-375), Vol. 19, No. 3, 1970

NIKKEN, P.: “Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos”, en XXV Curso Anual Interdisciplinario, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Mayo-Diciembre 1993)

ÖBERG, Marko Divac, “The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ”, EJIL (pp. 879–90), Vol. 16 No. 5, 2005

ORAKHELASHVILI, Alexander, “Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System”, The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalization, S. Muller & M. Frishman, eds., Hague Academic Press, 2009

ORAKHELASHVILI, Alexander, “Peremptory Norms of International Law and Reparation for Internationally Wrongful Acts”, Baltic Yearbook of International Law (pp. 19-55), Vol. 3, 2003

ORAKHELASHVILI, Alexander, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, EJIL (pp. 59–88), Vol. 16, No. 1, 2005

ORAKHELASHVILI, Alexander, Peremptory Norms in International Law, Oxford University Press: United Kingdom, 2006

OTHMAN, K. y OTHMAN, M. (2003): New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia, Max Planck Institute for International Law, Freiburg

PASCUAL VIVES, Francisco José, “El desarrollo de la institución del amicus curiae en la jurisprudencia internacional”, REEI, Vol. 21, 2011

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el ‘Jus Cogens’ Internacional”, Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, Vol. I, Ed. Tecnos: Madrid, 1979

PEÑA PÉREZ, Pascal, Carácter Vinculante de las Fuentes de Derecho Internacional en la Administración Pública (Emilio Guichot, dir), Tesis de la Maestría de Derecho de la Administración del Estado, Universidad de Salamanca, 2013 (Madrid, España)

PEÑA PÉREZ, Pascal, Exigibilidad y Justiciabilidad del ius cogens Superveniens como Herramienta de Terminación de Tratados: El Ser y el Deber Ser del artículo 64 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (Pablo Martín, dir.), Tesis para la obtención del Diploma de Estudios Avanzado del Doctorado de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Instituto Ortega & Gasset, 2011 (Madrid, España)

PETERSEN, Niels, “The Role of Consent and Uncertainty in the Formation of Customary International Law”, Max Planck Y.B., 2011

PETSCHE, Markus A., *Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order*, Taylor's University College, September 2010

PINTO, Roger, “El juez francés frente a las reglas de Derecho Internacional público”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Argentina, 1962, Vol. I y II

PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Las Normas de Jus Cogens en el campo del Derecho Internacional Contemporáneo”, *Derecho Internacional Público: Principios, Normas y Estructuras* (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, PUCEIRO RIPOLL, Roberto y ARBUET-VIGNALI, Herber), Vol. I, Fundación Cultura Universitaria: Montevideo, 2005

QUIRICO, Ottavio, “A Formal Prescriptive Approach to General Principles of (International) Law”, *European University Institute Working Paper No. LAW 2007/19*, 2007

REINSCH, August, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, *95 American Journal of International Law*, AJIL, 2001

REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos: Madrid, 1987

REUTER, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, Pinter Publishers: United Kingdom, 1989

REY CARO, Ernesto, *Las Reservas en la Convención de Viena de 1960 sobre Derecho de los Tratados*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones: Córdoba, 1977

REYES REYES, Renny, *Aplicación de las Decisiones de los Tribunales Internacionales*, Tesis de Grado, Pontifica Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), República Dominicana, 2005

RODRÍGUEZ CEDEÑO, V. y GUERRERO PENICHE, N.: “Los Actos Unilaterales de los Estados en Derecho Internacional: Los Trabajos de Codificación en la Comisión de Derecho Internacional” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 3, 2003

ROZAKIS, Christos, *The concept of jus cogens in the law of treaties*, North-Holland Pub. Co.: New York, 1976

RUBIN, Alfred P., “Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?”, *New England Law Review* (pp. 265-280), Vol. 35, No. 2, 2001

RUILOBA SANTANA, Eloy, *Eficacia de las Sentencias Internacionales en el Orden Interno de los Estados* (pp. 628-673), *Jurídica-Anuario*, 1973

SACHARIEW, K.: “El derecho de los Estados a tomar medidas para aplicar el derecho internacional humanitario” en RICR, Vol. 93, mayo-junio de 1989

SADAT-AKHAVI, Seyed Ali, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Graduate Institute of International Studies (HEI), Martinus Nijhoff Publishers: Netherlands, 2003

SASSOLI, Marco, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del Derecho Internacional humanitario”, RICR, 2002

SCHEIGMAN, David, *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter. Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International: Netherland, 2001

SCHWELB, Egon, “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission”, AJIL, Vol. 61, 1967

Simma, B.: “NATO, The UN and The Use Of Force: Legal Aspects” en *European Journal Of International Law*, Vol. 10 (1): 1-22, 1999

SHAW, Malcom N., *International Law, Sixth Edition*, Cambridge University Press: New York, 2008

SINCLAIR, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties, Second Edition*, Manchester University Press: United Kingdom, 1984

SLOAN, Blaine, *United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World*, Transnational Publishers Inc.: New York, 1991

STARR, Sonja B., “Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations”, *Northwestern University Law Review* (pp. 1257-1341), Vol. 101, No. 3, 2007

SUY, E. (1962): *Les Actes juridiques unilatéraux en droit international public*, LGDJ, París, 1962

SUÁREZ, Francisco, *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612

SUY, Erick, “The concept of jus cogens in international law”, *Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Greece), April 3-8, 1966, Papers and Proceedings*, 1967

TAXIL, B., “Les critères de l’applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France” en *Revue Internationale de droit comparé*, Núm. 1, enero-marzo, 2007

SZTUCKI, Jerzy, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Springer-Verlag: New York, 1974

TRIEPEL, C. H. (1920): *Droit international public et Droit interne*, Paris-Oxford

TEBOUL, Gérard, “Remarques sur les réserves aux conventions de codification”, *RGDIP*, Vol. 86, No. 4, 1982

TRIEPEL, C. H., “Les rapports entre le droit interne et le droit international” en Cassese, A. *Collected Courses of the Heague Academy of International Law*, Natinus Nijhoff Publishers, Vol. 1, 1923

VANOSSI, J. R.: “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad al orden interno de los Estados” en *Revista IIDH*, San José, Col. 16, julio-diciembre, 1992

TOMUSCHAT, Christian, “Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations”, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (pp. 425-436), Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin Eds., Martinus Nijhoff Publishers, 2006

VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Introducción al Derecho Internacional*, Ediciones Juricentro, S.A.: Costa Rica, Vol. I, 1979

VERDROSS, A. (1923): *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen

VENTURINI: “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux en droit international public” en *RCADI*, vol. 112, 1964-II

VILLAGRAN KRAMER: “Les Actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale” en *Le Droit International à l'aube du XIXe siècle: Réflexions de codificateurs*, Nueva York, UN, 1997

VERDROSS, Alfred von, “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on ‘The Law of Treaties’”, *AJIL* (pp. 571-577), Vol. 31, No. 4, 1937

VERDROSS, Alfred von, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” en *RCADI* (p. 191-251), Vol. 52, 1935

VERZIIL, J. H. W.: “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux” en *Revue de Droit International*, t. XV, 1935, pp. 321-322

VILLIGER, Mark E., *Customary International Law and treaties*, Martinus Nijhoff Publishers: Netherland, 1985

WALZ, Gustav Adolf, *Esencia del Derecho Internacional y crítica de sus negadores*, Traductor: Antonio Truyol Serra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943

WEIL, Prosper, “Towards Relative Normative in International Law?”, AJIL (pp. 413-442), Vol. 77, No. 3, 1983.

WEISBURD, Arthur Mark, “American Judges and International Law”, University of North Carolina (UNC) Public Law Research Paper No. 02-16, October 2002.

WOLFF, Christian, *Principes du droit de la nature et des gens*, Vol. I, Ed. Marc Michel Rey: Amsterdam, 1758.

WOOD, Mary Christina, *Protecting the Attributes of Native Sovereignty: A New Trust Paradigm For Federal Actions Affecting Tribal Lands and Resources*, 1995 Utah Law Review, Núm. 1, pp. 109-237, 1995.

### **Jurisprudencia y Opiniones Consultivas**

*Corte Interamericana  
de Derechos Humanos  
(Corte IDH)*

#### *Asuntos Contenciosos*

*Acosta Calderón vs. Ecuador*, Serie C Núm. 129, 24 de junio de 2005, voto razonado del Juez Cançado Trindade

*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 154, 26 de septiembre de 2006, Voto razonado del Juez Cançado Trindade

*Baldeón García vs. Perú*, Serie C Núm. 147, 6 de abril de 2006

*Baldeón García vs. Perú*, Serie C Núm. 147, 6 de abril de 2006, Voto razonado del Juez Cançado Trindade,

*Blanco Romero y Otros*, Serie C Núm. 138, 28 de noviembre de 2005

*Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 17, 21 de enero de 1994

*Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 123, 11 de marzo 2005

*Cantoral Benavides vs. Perú*, Fondo, Serie C Núm. 69, 18 de agosto de 2000



*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto del 2008

*Castillo Páez vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Serie C No. 24, 30 de enero de 1996

*Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*, 4 de septiembre de 1998, Voto Concurrente Juez Cançado Trindade

*Cinco Pensionistas vs. Perú*, 28 de febrero de 2003, Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade

*Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay*, Serie C Núm. 146, 29 de marzo de 2006

*Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay*, Serie C Núm. 146, 29 de marzo de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Serie C Núm. 125, 17 de junio de 2005, Voto disidente conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Ventura Robles

*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Serie C Núm. 125, 17 de junio de 2005, Voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez Ramón Fogel

*Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 145, 8 de febrero de 2006

*Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 2, 26 de junio de 1987

*García Asto y Ramírez Rojas*, Serie C Núm. 137, 25 de noviembre de 2005

*Godínez Cruz vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 3, 26 de junio de 1987

*Goiburú y Otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 153, 22 de septiembre de 2006

*Gómez Palomino vs. Perú*, Serie C Núm. 136, 22 de noviembre de 2005

*Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 110, 8

de julio de 2004

*Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 118, 23 de noviembre de 2004, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo del 2008

*La Cantuta vs. Perú*, Serie C Núm. 162, 29 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Loayza Tamayo*, Reparaciones, 27 de septiembre de 1998

*Lori Berenson Mejía*, Serie C Núm. 119, 25 de noviembre de 2004

*López Álvarez vs. Honduras*, Serie C Núm. 141, 1 de febrero de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 103, 27 de noviembre de 2003

*Las Masacres de Ituango*, Serie C Núm. 148, 1 de julio de 2006

*Loayza Tamayo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Serie C Núm. 25, 31 de enero de 1996

*Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, Serie C Núm. 134, 15 de septiembre de 2005

*Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Serie C Núm. 140, 31 de enero de 2006

*Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Serie C Núm. 140, 31 de enero de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia)*, Serie C Núm. 150, 5 de julio de 2006

*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Serie C Núm. 130, 8 de septiembre de 2005, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C Núm. 160, 25 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade

*Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 282, 28 de agosto de 2014

*Servellón García y Otros vs. Honduras*, Serie C Núm. 152, 21 de septiembre de 2006

*Tibi vs. Ecuador*, Serie C Núm. 114, 7 de septiembre de 2004

*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 158, 24 de noviembre de 2006, Voto Razonado Cançado Trindade

*Vargas Areco vs. Paraguay*, Serie C Núm. 155, 26 de septiembre de 2006

*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C Núm. 4, 29 de julio de 1988

*Yatama vs. Nicaragua*, Serie C Núm. 127, 23 de junio de 2005

*Asuntos Consultivos*

*Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09, Serie A No. 20, 29 de septiembre de 2009

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A No. 18, 17 de septiembre de 2003

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A No. 18, 17 de septiembre de 2003, Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A No. 18, 17 de septiembre de 2003, Voto Concurrente del Juez Alirio Abreu Burelli

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A No. 18, 17 de septiembre del 2003

*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A No. 17, 28 de agosto de 2002

*Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-19/05, Serie A No.

19, 28 de noviembre del 2005

*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A No. 16, 1 de octubre de 1999

*El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A No. 2, 24 de septiembre de 1982

*El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, Serie A No. 8, 30 de enero de 1987

*Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, Serie A No. 7, 29 de agosto de 1986

*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87, Serie A No. 9, 6 de octubre de 1987

*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97, Serie A No. 15, 14 de noviembre de 1997

*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A No. 10, 14 de julio de 1989

*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A No. 5, 13 de noviembre de 1985

*La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A No. 6, 9 de mayo de 1986

*"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A No. 1, 24 de septiembre de 1982

*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, Serie A No. 4, 19 de enero de 1984

*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A No. 14, 9 de diciembre de 1994

*Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83, Serie A No. 3, 8 de septiembre de 1983

*Corte Internacional de  
Justicia (CIJ)*

*Asuntos Contenciosos*

*Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 1978, p. 3

*Anglo Iranian Oil Company (United Kingdom vs. Iran)*, Jurisdiction, 1952

*Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands vs. Sweden)*, Judgment, 1958

*Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands vs. Sweden)*, Judgment, 1958, p. 55, Individual opinion of Judge Moreno Quintana

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, p. 3, *Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht*, p. 325

*Application of the Convention and the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1996, p. 595

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 2007

*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 2005, p. 168

*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 2006, p. 6

*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*,

Judgment, 2002, p. 3

*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, 2002, p. 3, Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh

*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, 2002, p. 3, Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Van Den Wyngaert  
*Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Judgment, 1970, p. 3

*Avena and others Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)*, Judgment, 2004

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, Judgment, 1970, p. 3, individual opinion of Judge Ammoun

*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, 1992, p. 240

*Colombian-Peruvian Asylum case (Colombia vs. Peru)*, 1950, p. 266

*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya vs. Malta)*, 1984, p. 3

*Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, Judgment of December 15th, 1949

*Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica vs. Nicaragua)*, 2009, Judgment, p. 213

*East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgment, 1995, p. 90

*Fisheries case (United Kingdom vs. Norway)*, 1951, p. 116

*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Iceland)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1973, p. 3

*Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment, 1986, p. 554

*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, Judgment, 1997, p. 7

*Haya de la Torre Case (Colombia vs. Perú)*, Judgment, 13 June 1951, p. 71

*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 2012, p. 99

*LaGrand (Germany vs. United States of America)*, Judgment, 2001, *Declaración del Presidente Guillaume*

*Land and Maritime Boundury between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, 10 October 2002, p. 303

*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures*, 1999

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986, p. 14

*Monetary Gold case (Monetary Gold Removed from Rome in 1943, (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America))*, Judgment, 1954

*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3

*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3, individual opinion of Judge Padilla Nervo

*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)*, Judgment, 1969, p. 3, individual opinion of Judge Tanaka

*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, 1974, p. 253

*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, 1974, p. 457

*Nuclear Tests (New Zealand vs. France)*, *Pleadings*, Vol. 2, 1973

*Nuclear Tests (Australia vs. France)*, 1974, p. 253, individual opinion Judge Gros, p. 286

*Nuclear Tests (Australia vs. France)*, 1974, p. 253, individual opinion Judge Petré

*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, 2003, Separate Opinion of Judge Buergenthal

*Pulp Mills on The River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, 2010,

separate opinion of Judge Cançado Trindade

*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, 14 April 1992, p. 3*

*Questions Relating to the to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, 20 July 2012, p. 422*

*Right of Passage over Indian Territory case (Portugal v. India), Merits, Judgment, 1960, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandes*

*South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, 21 December 1962, p. 319*

*South West Africa Cases (Ethiopia vs. South Africa; Liberia vs. South Africa), Second Phase, Judgment, 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka*

*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya vs. Chad), Judgment, 1994, p. 6*

*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, 2012, p. 624*

*The Minquiers and Ecrehos case, Judgment, 1953, p. 47*

*The Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand), Merits, 1962*

*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States vs. Iran), 1980, p. 3*

*Asuntos Consultivos*

*Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, 2010*

*Admissibility of hearings of petitioners by the Committee on South West Africa, Advisory Opinion, 1956, p. 23*

*Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, 26 April 1988, p. 12*



*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, 1962

*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999

*Interpretation of Peace Treaties [with Bulgaria, Hungary and Romania]*, Advisory Opinion, 1950, p. 65

*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, p. 73

*International Status of South West Africa*, Advisory Opinion, 1950, p. 128

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 1971, p. 16, individual opinion of Judge Ammoun

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, p. 136

*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion 1996, p. 226

*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949

*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, p. 15

*South-West Africa-Voting Procedure*, Advisory Opinion, 1955

*Corte Europea de  
Derechos Humanos  
(Corte EDH)*

*Asuntos Contenciosos*

*Al-Adsani vs. United Kingdom*, Grand Chamber, 21 November 2001

*Antonakopoulos, Vortsela y Antonakopoulou vs. Grecia*, 14 diciembre 1999

*Blečić vs. Croatia*, Application Núm. 59532/00, Grand Chamber, 2006

*Caso de Muñoz Díaz vs. España*, 49151/07, 8 de diciembre 2009

*Estima Jorge v. Portugal*, 1 de abril de 1998

*Hirst v. the United Kingdom* (No. 2), 74025/01, 2004

*Hornsby v. Grecia*, 19 de marzo de 1997

*Inmobiliaria Saffi vs. Italia*, 28 de julio de 1999

*Soering vs. Reino Unido*, 14038/88, 7 July 1989

*Corte Permanente de  
Justicia Internacional  
(CPII)*

*Asuntos Contenciosos*

*Access to, or Anchorage in, The Port of Danzig, of Polish War Vessels*, Advisory Opinion, Series A/B No. 43, 1931

*Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Judgment, Serie A, No. 7, 25 May 1926

*Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Series A No. 9, 1927

*Interpretation of the Statute of Memel*, Series A/B No. 49, 1932

*Legal Status Of Eastern Greenland*, Judgment, Serie A/B, No. 53, 5 April 1933

*The Free Zones Of Upper Savoy And The District Of Gex*, Judgment, Serie A/B, No. 46, 7 June 1932

*The Mavrommatis Palestine Concessions*, Series A No. 2, 1924

*The Oscar Chinn Case (United Kingdom vs. Belgium)*, Series A/B No. 63, 12

December 1934, Individual Opinion of Judge Schücking

*Phosphates In Morocco* (Preliminary Objections), Serie A/B, No. 74, 1938

*The Payment Of Various Serbian Loans Issued In France*, Judgment, Serie A, No. 20, 12 July 1929

*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Judgment, Serie A, No. 15, 26 April 1928

*S. S. Wimbledon*, Judgment, Serie A, No. 1, 17 August 1923

*S. S. Wimbledon*, Judgment, Serie A, No. 1, 17 August 1923, Dissenting opinion of Judge Walter Schücking

*S. S. Wimbledon*, Judgment, Serie A, No. 1, 17 August 1923, joint dissenting opinion of Judges Anzilotti and Huber

*Asuntos Consultivos*

*Access to, or Anchorage in, The Port of Danzig, of Polish War Vessels*, Advisory Opinion, Series A/B No. 43, 1931

*Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion, September 5<sup>th</sup>, 1931, Series A/B No. 41, p. 37, Dissenting Opinion by M. Adatci (et al)

*Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion, 5<sup>th</sup> September 1931, Series A/B No. 41, p. 37, Individual Opinion by M. Anziolotti

*Customs Régime Between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion, 5<sup>th</sup> September 1931, Series A/B No. 41, p. 37, Dissenting Opinion by M. Adatci (et al)

*Exchange Of Greek And Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2)*, Advisory Opinion, Serie B, No. 10, 21 February 1925

*Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion, Series B No. 12, 1925

*Interpretation Of The Convention Between Greece And Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed At Neuilly-Sur-Seine On November 27th, 1919*

*(Question Of The "Communities")*, Advisory Opinion, Serie B No. 17 , 31 July 1930

*Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, Series B No. 15, 1928

*Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, Serie B No. 4, 1923

*The Greco-Bulgarian "Communities"*, Advisory Opinion, Serie B, No. 17, 31 July 1930

*Treatment Of Polish Nationals And Other Persons Of Polish Origin Or Speech In The Danzig Territory*, Advisory Opinion, Serie A/B, No. 44, 4 February 1932

*Tribunal de Justicia  
de la Unión Europea  
(TJUE)*

*Ahmed Ali Yusuf vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, T-306/01, Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), 21 de septiembre de 2005.

*Yassin Abdullah Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, T-315/01, Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), 21 de septiembre de 2005.

*Chafiq Ayadi vs. Consejo y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia*, T-253/02, Tribunal de Primera Instancia (Segunda Sala), 12 de julio de 2006.

*Faraj Hassan vs. Consejo y Comisión*, T-49/04.

*Leonid Minin vs. Comisión de las Comunidades Europeas y apoyada por el Consejo de la Unión Europea y por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asunto T-362/04, Tribunal de Primera Instancia (Segunda Sala), 31 de enero de 2007.

*Tribunal Penal  
Internacional para la  
Ex Yugoslavia*

*Prosecutor vs. Furundzija*, IT-95-17/I-T, Judgment, 10 December 1998

Prosecutor vs. Zoran Kupreskic and others, Trial Judgment, IT-95-16-T, 14 January 2000

*Tribunal Penal  
Internacional para  
Ruanda*

*Prosecutor vs. Akayesu*, Sala de Juicio, 1998

Prosecutor vs. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Appeals Chamber, 2 October 1995, Separate Opinion of Judge Sidhwa on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction

*Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, Sala de Juicio, 1999

*Prosecutor vs. Semanza*, Sala de Juicio, 2003

*Laudos arbitrales*

*Air Transport Services (France/USA)*, 38 ILR (1969) 182

*Claims of Italian National Resident in Peru*, Vol. 25, 1901

*De Pascale*, 40 ILR, 1970, p. 256

*Finnish Shipowners Case*, Vol. 3, 1934

*Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France (USA v. France)*, Award, 22 December 1963, UNRIAA, vol. XVI

*Iron Rhine, arbitration (Belgium vs. The Netherlands)*,

*Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, Decision No. 30-A, 19 de octubre de 1928, UNRIAA, Vol. V (p. 466-508)

*Salvador Comercial Company*, Vol. 15, 1902

*Spanish Zone of Morocco Claims (Great Britain vs. Spain)*, 192, UNRIAA

*Government of Kuwait and American Independent Oil Company (Kuwait vs. Aminoil)*, Award, en: ILM, Vol. 21, (p. 976-1053), 1982

Argentina vs. Uruguay, Tribunal Arbitral “Ad Hoc” de MERCOSUR, 6 de septiembre de 2006

Naciones Unidas

*Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise*, Vol. I, 1924  
*Air Service Agreement of 27 March 1946 (United States of America vs. France)*, 9 December 1978

*Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand vs. France)*, Vol. 20, 1990, p. 215

*Cases of Dual Nationality (United Kingdom vs. Italy)*, Decision No. 22 (pp. 27-36), Vol. 14, 8 May 1954

*De Pascale Case (Italy vs. USA)*, Decision No. MD/1018, Vol. 16, (pp. 229-237), 24 June 1961

*Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie — Échange de lettres du 2 février 1951) (France vs. Italy)*, *Décisions Nos. 136, 171 et 196*, Vol. 13 (pp. 389-439), 25 June 1952, 6 July 1954 and 7 December 1955

*Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, Vol. 16 (pp. 5-74), 22 December 1963

*Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy (Italy vs. USA)*, Vol. 16 (pp. 75-108), 17 July 1965

*Kronprins Gustaf Adolf (Sweden vs. USA)*, Vol. 2 (pp. 1239-1305), 18 July 1932

*Radio Corporation of America (Radio Corporation of America, Republic of China) (USA vs. China)* Vol. 3 (pp. 1621-1636), 13 April 1935

*Comisión  
Interamericana de  
Derechos Humanos*

*Carranza vs. Argentina*, Informe Núm. 30/97, Caso 10.807, 30 de septiembre de 1997

*Mariblanca Staff Wilson y Oscar E. Ceville vs. Panamá*, Informe 89/03, Petición 12. 303, 22 de octubre del 2003

*Michael Domingues vs. United States*, Case No 12.285, Rep 62/02, 2002

*Nacionales*

Constitutional Court of South Africa, *Azanian People's Organisation (AZAPO) v. Truth and Reconciliation* 1996 (4) SA 562 (C), 574B.

Corte de Casación francesa, *La Reunión Aérea vs. Jamahiriya Árabe Libia*, pourvoi No. 09-14743, 9 de marzo de 2011, Bull. civ., 2011, Núm. 49

Court of First Instance of Brussels, Pinochet

Court of Appeal of Paris, *Gaddafi*

Court of Appeal for Ontario, *Bouzari vs. Islamic Republic or Iran*, C38295, 30 June 2004

Court of Appeal of New Zealand, *Curtis vs. Minister of Defence*, CP253/01, 2002

Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Penal. *Caso de la Masacre de Segovia*. Acta número 156, de 13 de mayo de 2010

Corte Suprema de EEUU, *Broard vs. Greene*, 118 S.Ct 1332, 14 April 1998.

Corte Suprema de EEUU, *Hamdan vs. Rumsfeld*, 29 de junio del 2006

Corte Suprema de EEUU, *Seminole Nation vs. United States*, U.S. 286, Vol. 316, 1942, p. 296-298, 304, 307-308

Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0721/2006-R, Sucre, Expediente: 2005-12726-26-RAC, Distrito: Tarija, Magistrado Relator: Dr. Walter Raña Arana, III.5, 21 de julio de 2006

USA Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Jicarilla Apache Tribe vs. Supron Energy Corp*

Italian Court of Cassation, *Ferrini vs. Federal Republic of Germany*, 11 March 2004

Corte Suprema de Argentina, *Mazzeo, Julio Lilo y otros/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, 13 de julio de 2007

Corte Suprema de Argentina, *Caso Priebke erich s/ extradición*, Fallo 318:2148

*House of Representatives, Resolution, December 13, 1911*, Congressional Record, xlviii. 280, pp. 304-305

High Court of New Zealand, Wellington Registry, *New Zealand Maori Council and Ors vs. Attorney General and Ors*, CIV-2007-485-000095, 4 May 2007

*Cámara de los Lores del Reino Unido*

*Jones vs. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, UKHL 16, 14 June 200

*R. vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate: Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3), 1999, 2 All ER 97

*R. (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, [2008] 1 AC 332

*Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina vs. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, Judgment, 1999

*Corte Constitucional de Colombia*

Sentencia C-574/92, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón

Sentencia C-027/93, Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez

Sentencia C-225-95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero



Sentencia C-578-95, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-358-97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-191-98, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-801/09, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sentencia C-228/11, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Perez

Sentencia T-469/13, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia T-025/2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia T-328/2007, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Sentencia T-444/2008, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

Sentencia C-781/12, Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *María Libia Arango y Otros vs. Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (INURBE)*, Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. IV, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Bogotá, 22 de marzo de 2001  
*República Dominicana*

Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Sentencia TC/168-13, 23 de septiembre de 2013

Sentencia TC/256-14, 4 de noviembre de 2014

Voto disidente Mag. Hermógenes Acosta de los Santos, Sentencia TC 256/14

Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana

Resolución No. 1920-2003, *Medidas anticipadas al Nuevo Código Procesal Penal*

*Sentencia que declara conforme a la Constitución la Ley Sectorial de Áreas Protegidas*, No. 202-03, 30 de julio de 2004

Sentencia Sobre la acción disciplinaria seguida a tres profesionales acusados de infringir la Ley 111 sobre Exequátur de Profesionales, *Sentencia 1*, *Boletín Judicial No. 1185*, 12 de agosto de 2009

### Instrumentos legales

#### *Internacionales*

##### *Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU)*

Resolución Núm. 375 (IV), *Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados*, 270ª Sesión Plenaria, 6 de diciembre de 1949.

Resolución Núm. 2625-XXV, *Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta*, 25ª Sesión Plenaria, 24 de octubre de 1970.

Resolución Núm. 2840 (XXVI), *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, 2025ª. Sesión Plenaria, 18 de diciembre de 1971.

Resolución Núm. 3074 (XXVIII) *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de lesa humanidad*, 2187ª. Sesión Plenaria, 3 de diciembre de 1973.

Resolución Núm. 50/6, *Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas*, 40ª Sesión Plenaria, 9 de noviembre de 1995.

Resolución Núm. 55/2, *Declaración del Milenio*, 8ª Sesión Plenaria, 13 de septiembre de 2000.

Resolución Núm. 60/1, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, 8ª Sesión Plenaria, 16 de septiembre de 2005.

Consejo de Seguridad  
de Naciones Unidas  
(CSNU)

Resolución Núm. 1244 (1999), *La situación humanitaria de Kosovo (República Federativa de Yugoslavia)*, 4011ª Sesión Plenaria, 10 de junio de 1999.

Reglamento Núm. 2000/64, *Sobre la asignación de los jueces internacionales y los fiscales internacionales y los cambios de jurisdicción*, 26 de marzo de 2001.

Resolución 1757(2007), *La situación en el Oriente Medio*, 5685ª Sesión Plenaria, 30 de mayo de 2007.

Resolución Núm. 9, 15 de octubre de 1946

Carta de las Naciones Unidas

Convención Americana de los Derechos Humanos

Convención de Derecho del Mar

Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua

Convención de Viena de Derecho de los Tratados

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, revisado de conformidad con los Protocolos No. 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos Nos. 4, 6, 7, 12 y 13

Convenios de Ginebra sobre conflictos armados no internacionales.

Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña, 1864

Declaración de San Petersburgo, 1868

Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra se extiende a los prisioneros de guerra, 1929

Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra

marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864, 1899

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998

Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Protocolo I de los Convenios de Ginebra

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma

### Nacionales

Constitución de los EEUU

Constitución de la República Federal Alemana

Constitución de la República de Argentina

Constitución de Venezuela

Constitución de Holanda

Constitución de Nicaragua

Constitución del Ecuador

Constitución de El Salvador

*Decreto Núm. 1946, por medio del cual se reglamentan los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 Y 9 de la Ley 10 de 1978 y 2 Y 3 de la Ley 47 de 1993 en lo concerniente al mar territorial, la zona contigua, algunos aspectos de la plataforma continental de los territorios insulares colombianos en el Mar Caribe Occidental y a la integridad del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Colombia, 2013*

Ley Núm. 27775 promulgada en Perú en el año 2002, denominada la “Ley que regula el procedimiento de

ejecución de las sentencias emitidas por tribunales supranacionales”

Ley Núm. 288 de 1996. Diario Oficial Núm. 42.826, de 9 de julio de 1996.

Resolución del Senado de la República Dominicana sobre la sentencia *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, 29 de octubre de 2014

Otros

*Instituto de Derecho  
Internacional*

“*Les obligations et les droits erga omnes en droit international*”, Rapporteur : Mr. Giorgio Gaja, Krakow Session, Fifth Commission, August 25th 2005

Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités, Rapporteur M. Nicolas Politis, Institut de Droit International, Session of Christiania, 31 de agosto de 1912

“Termination of Treaties”, Eleventh Commission, Rapporteur: Mr. Shabtai Rosenne, Session of Nice, 1967

“The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States”, Eighth Commission, Rapporteur: Mr. Giuseppe Sperduti, Session of Santiago de Compostela, 1989

Comisión de Derecho  
Internacional de  
Naciones Unidas  
(CDI)

Anuario CDI, Vol. II, décimo período de sesiones, 1958.

Anuario CDI, A/5809, Vol. II (primera parte), 1976.

Anuario CDI, A/CN.4/307 y ADD.1 y 2, vol. II (primera parte), 1978.

Anuario CDI, A/CN.4/L.703, Vol. II, segunda parte, 2006.

Anuario CDI, Declaración del delegado de Chipre, Sexta Comisión, 783 Session, *ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1953/Add.1*, Vol. II.

Anuario CDI, Declaración de Yasseen, Yearbook, Vol. I, sesión 683, 1963.

Anuario CDI, Informe del Grupo de Trabajo, en el “Capítulo IX. Actos unilaterales” cuadragésimo noveno periodo de sesiones, *ONU Doc. A/CN.4/486*, 1997.

Anuario CDI, Quinta Sesión, *ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1953/Add.1*

Anuario CDI, vol. II, Quinto informe del Relator especial Sir Humphrey Waldock, 1966.

Anuario CDI, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Núm. 10 (A/54/10)

Anuario CDI, 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56° período de sesiones, Suplemento Núm. 10 (A/56/10)

Anuario CDI, Vol. II, 1966.

Second Session, 9 April-22 May 1969, *ONU Doc. A/CONF.39/11/Add.1*

Anuario CDI, Sesión 53, *Cuarto Informe sobre Responsabilidad del Estado*, *ONU Doc. A/CN.4/517*

Anuario CDI, sesión 58.

Anuario CDI, Vol. I, session 717

Anuario CDI, vol. II, parte 2, 1985

Anuario CDI, 1963, Sixth Committee, *ONU Doc. A/5601*

Anuario CDI, 1963, Vol. I, Derecho de los Tratados, *ONU Doc. A/CN.4/156 y Adiciones*), 694.a sesión — 6 de junio

Anuario CDI, vigésima primera sesión, Suplemento Núm. 9, *ONU Doc. A/6309/Rev. 1*

Anuario CDI, *ONU Doc.* A/CONF. 39/11

Anuario CDI, *ONU Doc.* A/CN.4/558/Add.2 (14 June 2005).

Anuario CDI, *1374th Meeting*, 1976, Vol. I *ONU Doc.* A/CN.4/291 and Add.1-2

Anuario CDI, *ONU Doc.* A/CN. 4/er. A/1963, session 711

Proyecto de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2011

Proyecto de Artículos Sobre Actos Unilaterales De Los Estados,

Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001

Grupo de Estudio de la CDI sobre la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, 13 de abril de 2006

Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General No. 29, Sesión 72, *ONU Doc.* HRI/GEN/1/Rev.7, 2001, p. 215

Declaración del Excelentísimo Señor Martin Torrijos Espino, Presidente de la República de Panamá, debate general del sexagésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2007

*International Law Association, Third Report Consolidated, Revised and Enlarged Version of Recommended Rules and Practices (“RRP-S”)*, Committee on Accountability of International Organizations, *Co-Rapporteur*: SHAW, Malcom y WELLENS, Karel, New Delhi Conference, 2002

*Rules of Procedure and Evidence*, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, IT/32/Rev. 50 IT/32/Rev. 50, 8 July 2015.

The Explanatory Memorandum of Bill of Approval of the International Covenants on Human Rights”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. VIII, 1977.

The Memorandum of Reply to the First Chamber Concerning the Bill of Approval of the Fourth Protocol to the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIV, 1983.

BACH, T. “The Recognition of Intergenerational Ecological Rights and Duties in U.S. Law”, CLI Background Paper Núm. 6, Appendix A, of this CLI Policy Paper

Lord Hope, *Pinochet*, 2 All ER (1999)

RAFFESPERGER, Carolyn, WESTON, Burns H. y BOLLIER, David A., “Define and Develop a Law of the Ecological Commons for Present and Future Generations”, *Recalibrating the Law of Humans with the Laws of Nature: Climate Change, Human Rights, and Intergenerational Justice*, Appendix B, CLI Recommendation No. 1, Vermont Law School, 2009

WOOD, Mary Christina, “Advance the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations”, *Recalibrating the Law of Humans with the Laws of Nature: Climate Change, Human Rights, and Intergenerational Justice*, Appendix B, CLI Recommendation No. 8 (pp. 80-146), Vermont Law School, 2009

*Curso introductorio sobre derecho internacional humanitario*, organizado por la Oficina de Derecho Internacional de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en coordinación con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Washington, D.C., 31 de enero de 2007